

مكتبة - جامع ديوبند والعلوم والآداب

البرقعة الفضيلة

عليه

رسالة في القواعد

في علم الحساب

المستشار

عبد الرحمن

البرقعة الفضيلة











مركز ريتيه - جان ديوي للقانون والتنمية

الرقابة القضائية  
على  
السلطة القضائية  
في ظلها الفلسفة

المستشار الدكتور

عوض الميرزا

الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية العليا



## إهداء.....

إلى والدي رحمه الله وطيب ثراه

وإلى زوجتي الغالية ..... التي لولا صبرها علي،

وإحاطتها بي، ما كنت شيئاً.





## عرفان وتقدير



ما كان لهذا المؤلف أن يظهر في الصورة التي آل إليها، لولا أن رجلاً فريداً، وعالمًا جليلاً عميق المعرفة، وصديقاً عزيزاً، تبناه، وتحمل شخصياً الجزء الأكبر من تكلفته، ثم أعده للطبع في مطابع جامعة سنجور التي شرفت برئاسته لها ..... إنه الفقيه الكبير والأستاذ الجليل ذو الخلق الرفيع ..... الدكتور/ أحمد القشيري.

وإني إذ أوجه لسيادته تحية من القلب، لأدعو الله تعالى أن يجزيه عنى خير الجزاء، وأن يكون الله جل علاه، رفيقه في كل خطوة بخطوها.

المستشار الدكتور

عوض محمد المر



## بسم الله الرحمن الرحيم

### تقديم

١- تبأثر المحكمة الدستورية العليا في مصر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وقد عهد إليها الدستور بهذا الاختصاص، وأفرد لها بتوليها، حتى تنفرد به.

ومنذ إنشائها، وهي تواجه للدستور باعتباره وثيقة نابضة بالحياة، لا ترتبط مفاهيمها بلحظة زمنية معينة. وإنما تتفاعل مع عصرها، وفق القيم التي ارتضتها الجماعة لتحدد على ضوئها مظاهر سلوكها وضوابط حركتها؛ أخذة في اعتبارها أن النظرة الأعق لحقوق مواطنيها وحرياتهم، لا يجوز عزلها عن التنظيم المقارن في الدول الديمقراطية، بما يرد عنها عدوان السلطة وانحرافها، ويقم لها ضماناتها، فلا يكون بصرها بأبعاد رقابتها على الشرعية الدستورية، إلا منطوياً بمفاهيمها.

٢- وكان لازماً أن تأخذ المحكمة الدستورية العليا -وهي تتولى التصدير النهائي لأحكام الدستور- بأمرين في اعتبارها:

أولهما: أن النصوص الدستورية لا تعتبر مجرد نصوص توجيهية يطبقها المشرع أو ينحسرها وفق إرادته. ولكنها قواعد قانونية بمعنى الكلمة لا تعبر عن آمال في الفراغ، ولا عن صرخة في بقاء. وإنما تنقل آمال المواطنين إلى صورة واقعية يعيشونها ويفيدون منها، وهي بذلك لا تتحول عن نزعتها الإيجابية التي تتغير بها ملامح للحياة، ويعد تشكيلها على ضوئها.

ثانيهما: أن غموض بعض نصوص الدستور أو فرطتها، ما كان ليحول دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لولايتها. وربما أعانها ذلك على أن تستخلص منها معانٍ أكثر لحقوق المواطنين وحرياتهم، وأن تتوافر للدستور بالتالي المرونة اللازمة التي تقتضيها مواجهة لوضع متغيرة بطبيعتها.

٣- ولا شبهة في أن الرقابة على الشرعية الدستورية -على ضوء ما أصابها من تطور، واقتحامها مسائل تتعد جوانبها وتتباين الآراء حولها- لم تعد اجتهداً قائماً فقط على أعمال حكم العقل. بل صار قوامها في كثير من ملامحها حقائق علمية تجعلها من أفرع القانون التي تستقل عن

غيرها في جوهر أحكامها. وما يميزها اليوم هو اتساع دائرة تطبيقها لتشمل فروع القانون المختلفة بغض النظر عن موضوعها.

ذلك أن الرقابة التي يباشرها المحكمة الدستورية العليا تتناول النصوص القانونية جميعها، ما كان منها مدنياً أو تجارياً أو جنائياً أو عمالياً أو ضريبياً، أو واقعاً في إطار مسائل الأحوال الشخصية؛ وإن تعين للفصل في دستوريته على ضوء مناهج الرقابة على الشرعية الدستورية ومعاييرها التي تساندها المفاهيم الديمقراطية، في صحيح معانيها، بما يكفل صون حقوق المواطنين وحرياتهم التي تمثل من النقص البشرية جوهرها، والتي يرد تشويهها بخطاهم إلى السوء، فلا يقدمون لأمتهم من جهدهم شيئاً.

#### ٤- بيد أن لهذه الرقابة مشكلاتها وأهمها:

\* أن إعادة كتابة الدستور Rewriting the Constitution غير تطويره. ذلك أن إحداث دستور جديد منفصل كلية عن الدستور القائم، ليس مما تتوخاه الرقابة القضائية على الدستورية التي تكتسب أهميتها في فهم الدستور، وتطوير أحكامه عند الاقتضاء في نطاق دائرة يرتبط فيها هذا التطوير بالنصوص المعمول بها، مع إعطائها معان تكفل مفاهيمها الأكثر تقدمًا؛ ليظل الدستور صامداً في مواجهة أنماط التغيير التي تطرأ على المجتمع، فلا يكون عصياً على تليتها.

\* أن التفسير الحق للدستور، إنما يتمثل في النظرة الأشمل للنصوص التي يتضمنها، والتي ترتبط جميعها بوحدة عضوية تجمعها بما يكفل تكاملها. فلا يبدو جزءاً متناثرة، وإنما يقرؤها التفسير الصحيح لها -بافتراض تعارضها- من بعضها.

\* أن كل تفسير لنصوص الدستور، ينبغي أن ينطلق من تصور مبدئي مؤداه أن أكثر معاييرها ضماناً لرقي الجماعة، هي التي ينبغي التزامها ووفقاً عندها.

ويتحقق ذلك بالإحلال على الأفاق الجديدة التي ترتبط فيها دستورية القيود على حقوق الأفراد وحرياتهم، بضرورتها، وفي الحدود التي تتصالح فيها النظم الديمقراطية.

ذلك أن خضوع الدولة بكل تنظيماتها للقانون، مؤداه أن يتحدد مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدول القانونية عليها، وتتقيد هي بها، على ضوء مستوياتها التي التزمها الدول الديمقراطية باطراد في مجتمعاتها، واستقر العمل على انتهاجها في مظاهر سلوكها على تباينها،

لضمان ألا تنزل الدولة القانونية بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا لمتطلباتها المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية<sup>(١)</sup>.

\* أن تنوع حقوق المواطنين وحرياتهم التي يكفلها الدستور، يفترض تطبيقها بما يحقق الأغراض المقصودة منها؛ وأن ترتبط دستورية القيود عليها، بقدر ملائمتها لضمان مباشرتها بصورة أفضل.

كذلك فإن الحقوق والحريات التي يحميها الدستور تتكامل مع بعضها، وتتكافأ في منزلتها القانونية.

فلا نتكبر فيما بينها، وإن كان من المعلوم أنها لا تتبادل في أهميتها، ولا في قدر إسهامها في تطوير مجتمعها. بل يكون لكل منها دور يوفق الأغراض التي رصد عليها.

\* أن الدستور يكفل لحقوق المواطنين التي نص عليها في صلبه، الحماية من جرائب العمليّة، لا من معطياتها النظرية.

ولئن جاز القول بأن ضماناتها يتحقق من خلال تدابير متنوعة، من بينها تلك التي تتخذها جهة الإدارة؛ إلا أن الوسائل غير القضائية تقتصر في كل الأحوال على أن تقدم لمن يلون بها، للترضية التي ياملونها، ويقتضونها جبراً من المدينين بها. ويظل أثر هذه الترضية كذلك مقصوراً على من طرق أبوابها.

ولا كذلك جهة الرقابة على الشرعية الدستورية التي يكون لها من حيادها واستقلالها؛ ومن انفرادها بالفصل في المسائل الدستورية؛ ومن الحجية المطلقة لأحكامها التي تقيد الدولة بكل فروعها والناش أجمعين؛ ومن تكافؤ المتقاضين أمامها؛ ما يؤهلها لفرض سيادة الدستور كأساس ومحدد لمشروعية السلطة، وليس مجرد ضمان حرية الفرد.

\* أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا تردد دوماً القيم السائدة في الجماعة وقت صدور الدستور. إذ لو جاز أن يفسر الدستور بعد سنين من تطبيقه، على ضوء القيم التي عاصرها، لصار الدستور مجرداً عن مفاهيم لم يعد للجماعة شأن بها.

(١) دستورية عليا- القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢ من ٢٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

فإذا لم يعدل الدستور ليواكبها، ظل واقفاً على جهة الرقابة على الدستورية، مهمة الاستجابة للأوضاع المتغيرة التي تعاشها، لا عن طريق إجهاد نصوص الدستور وإفعال معان لها لا يتصور ربطها بها؛ وإنما من خلال النظر إلى مضامين هذه النصوص، وقراءتها بصورة أكثر تقمناً على ضوء نظرة واقعية لا تحيلها إلى جمود يسلبها حقائق الحياة، بل يمد إليها شرايين جديدة تعينها على الصمود.

\* إن أكثر ما يورق المعنيين بالمسائل الدستورية، أن الفقهاء لا يوجهون عادة اهتمامهم إلى جوانبها العملية، مما أحال دراستهم بشأنها إلى محاولة للتأصيل والتنظير من زاوية مجردة؛ وعلى ضوء شروح نظرية لا تهمل من الأوضاع الواقعية؛ ولا تؤثر في أنماط الحياة داخل الجماعة؛ وكأنهم يلقون دروسهم من شرفة عالية؛ وفي فراغ يحيط بها.

ولم يكن هذا النهج مقبولاً من المحكمة الدستورية العليا في مصر التي أقام جهدها -وبالرغم من حداثة نشأتها- لكثير من المسائل صروحها؛ ولحقوق الأفراد وحرياتهم الحماية الحقيقية من خلال حلول قضائية حازمة منحتها ثقة مواطنيها بها، وجعل دورها متعلماً ومؤثراً في فروع القانون جميعها، مدحلاً كثيراً من جوهر أحكامها، ناقلاً إليها مفاهيم جديدة لم تألفها، تبلورها ألسان مترامية تقصر عن بلوغها حرفية نصوص الدستور.

وما كان لها أن تصل إلى غايتها هذه، بغير دفاعها عن الحق والحرية كمطريق لا تبديل فيه، مما سارع بخطاها كقوة لها ثقلها من الناحيتين السياسية والقانونية، وكرادة لحماية أكثر لفعاليات حقوق مواطنيها وحرياتهم، نفاذاً إلى عقولهم قبل قلوبهم، وإثراء لحقل القانون بوجه علم، وعلى الأخص من خلال مفاهيم جديدة توافر القضاء المقارن على تطبيقها في مجال الشرعية الدستورية، وإن أغفلها بعض الفقهاء في مصر.

٥- ولئن ظل خصوم المحكمة الدستورية العليا، يناجرونها عَنَهُم بقوضون بنيانها، إلا أن صراعهم معها كان ميلاً لأهوائهم، ومبالاة للسلطة نكولاً عن الحق، وتشويها لكل عمل صادق. ولم يكن ما ادعوه من عدوانها على السلطة التشريعية، وتقويضها لاختصاصاتها التقديرية، وإضرارها بمصالح عريضة لمواطنيها، وإخلالها بأوضاعهم الاجتماعية التي استطلت ثباتها، إلا بهتاناً.

فالمحكمة لا يعينها أن تتنازع السلطة التشريعية في موافقها، إلا إذ جاوزت الحدود التي رسمها الدستور للقوانين التي تقرها.

وتباشر المحكمة ولايتها هذه -لا وفق مقاييس تصطنعها- بل على ضوء ضوابط موضوعية تستلهمها من فهمها للدستور؛ وربطها بين نصوصه؛ وتحليلها لغاياتها؛ وعلى الأخص في مجال التقييم التي اعتنقها المجتمع في مجموع أفراد؛ وبمراعاة أن حقوق مواطنيها وحرياتهم، لا تتحدد وفق ضوابط إقليمية، ولا على ضوء نزعة أخلاقية، بل بوصفها وقعة في إطار منظومة دولية لها خصائصها.

فلا يفسر الدستور بما يجافيها. خاصة بعد أن صار تنظيمها شاملاً من خلال وثائق دولية تُفصل كل حق وكل حرية، وتبين التدابير الفردية والجماعية التي يجوز التكنل بها لصونها، وعلى الأخص في الدول النامية، والدول الأقل نمواً، التي تميل كثرتها إلى العنوان على حقوق مواطنيها وحرياتهم التي صار الإيمان بها في الدول الديمقراطية، جزءاً من أعرافها.

٦- ولا شبهة في أن ولاية السلطة التشريعية لا تطيح على المحكمة الدستورية العليا التي ترافقها بناء على نصوص الدستور ذاتها، فلا تنقيدان مما يغير أحكامه، ولا تجرفان عن القيم التي احتضنها، بل تتوليان في الخضوع لأوامره ونواهي.

ولا يتصور بالتالي، أن يقع نزاع ذو شأن بين المحكمة والسلطة التشريعية، ولا أن يتعامل خصمين يتناحran، إذ هما مؤسستان قائمتان الدستور، ليكون تعاونها وفق أحكامه، قاعدة لا استثناء منها.

والقول بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا، قد يتضمن إخلالاً بأوضاع اجتماعية ثابتة، مردود بأن الأوضاع المناقضة للدستور، لا حصانة لها، ولا يصححها قديمها. فضلاً عن أن التسامح مع أوضاع خاطئة، مؤده تراكمها واتساع دائرة العلون التي تحيط بها.

٧- وتزداد أهمية الرقابة على الشرعية الدستورية كذلك، من خلال انسحابها إلى كل معاهدة دولية تكون مصر طرفاً فيها.

ذلك أن مثل هذه المعاهدة تعتبر قانوناً بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة.

ومن ثم تعامل نصوصها كقانون في مجال الرقابة على الشرعية الدستورية. فلا تخرج عن ولايتها حتى عند هؤلاء الذين يظلمون الطبيعة السياسية للمعاهدة على طبيعتها القانونية، أو ينظرون إليها باعتباره تعبيراً عن إرادة سياسية لا تجوز إعاقته.

بل إن نصوص المعاهدة الدولية تثير صعوبة حتى في مجال تفسيرها وتطبيق قواعده القانون الدولي عليها.

ذلك أن القبول بها تراضياً على أحكامها قد يكون منتقياً. وقد يثور نزاع فسي شأن نطاق تطبيقها، أو في مجال النصوص المتحفظ عليها فيها، أو على صعيد جواز تجزئة أحكامها؛ وإمكان وقفها وإنهائها.

وتنظر للمعاهدة في كل صور تطبيقها -لما كان موضوعها- قوة القانون.

واعتبارها كذلك، يخضعها وجوباً للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، وإن جاز القول بأن مدايح هذه الرقابة وضوابطها في شأن المعاهدات الدولية، ينبغي أن تكون أكثر اتفاقاً مع طبيعتها، وصلتها بروابط الدول فيما بينها.

فلا تتمحض الرقابة القضائية على دستوريته، عن مجرد رؤية قانونية لأحكامها. بل تتداخل في تقييمها كل العوامل التي تتصل بملاءمة إرملها، والأوضاع التي توجيها، والآثار التي تحدثها في علاقة مصر بغيرها من الدول.

٨- أن الحرية الشخصية لا تعتبر قيمة مجردة من حقائقها، ولكنها تمثل من النفس البشرية أعرق خصائصها.

وأكثر ما يؤثر فيها أن تدل القيود عليها على شهوة التحكم، وعلى الأخص من خلال نصتوس جنائية لا تستهضها الضرورة الاجتماعية، كنص المادة ٨٠/د من قانون العقوبات.

وصار ضرورياً أن تعرض المحكمة للدستورية العليا رقابتها في أكثر أشكالها صرامة على تلك القوانين، خاصة وأن السلطة لا تتمتع امتيازاً لمن يزاولها؛ ولكنه يباشرها نيابة عن الجماعة ولصالحها ويتفويض منها.

ولا يجوز بالتالي أن تتمحض القوانين الجنائية لإلزاماً غير مبرر؛ ولا أن تكون شباكاً أو شركاً يلقيها المشرع، متصيداً باتساعها أو بخفاتها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها؛ ولا أن تكون نافية لضمانة الدفاع؛ ولا أن تنال من أصل براءة المتهم من خلال قرأتين تحكيمية تفترض بها مسؤوليته عن الجريمة؛ ولا أن يساق إلى جزاء يقرره المشرع بأثر رجعي؛ ولا أن تهدر آدميته من خلال عقوبة تتسم بقسوتها، أو ينافي شذوها مظاهر الاعتدال؛ ولا أن يدلان عن الجريمة بوسائل غير قانونية؛ ولا أن تكون الوسائل القانونية؛ إطاراً شكلياً لحقوق صورية في حقيقتها، بما يقوض فرصه في حياة أمنة.

٩- وقد جاوز قضاء المحكمة الدستورية العليا -بمضمونه- حدود إقليمها، وصار لافتاً بأهميته أنظار كثيرين من الفقهاء في الدول الغربية إلى حد قول أحدهم في مؤلفه عن "قاعدة القانونية في العالم العربي" بأن هذه المحكمة -وبالنظر إلى هيكلها وولايتها وكيفية تشكيلها- أثبتت قدرتها أكثر من أية جهة قضائية غيرها، على أن تطور مدخل متماشية، وأن تتابعها في كل المسائل الدستورية الأساسية التي تولجها بلدها<sup>(١)</sup>.

Far more than any other judicial body, the Supreme Constitutional Court, by reason of its structure, jurisdiction and composition, has been able to develop and pursue a consistent approach to the fundamental legal issues confronting the country.

وآمل أن تثابر المحكمة الدستورية العليا، على أداء هذا الدور، وألا ينقطع جهدها في ذلك.

١٠- تلك ملامح عريضة لحقائق لا يجوز إغفالها في مجال بنیان الشرعية الدستورية، التي جعل الدستور زمامها بيد المحكمة الدستورية العليا التي ترتبط مهابتها بقوة أحكامها؛ وبإصرارها على أن تكون سيادة الدستور حقيقة واقعة؛ وبنائها عن أن تكون طرفاً في صراع سياسي عقيم أيا كان مداه؛ ويحرصها على أن يكون الحق وحده، قاعدة لكل أحكامها.

فالحق بغير القوة وهم خادع؛ والقوة بغير الحق لا تزيد عن أن تكون شهوة وسلطان؛ ومزوجة الحق بالقوة هي الطريق الوحيد لرقابة دستورية أكثر فاعلية، وحرماً.

ومؤلفي هذا اجتهاد على طريق تتواصل خطاه، وآمل أن يكون صائباً في أعم المسائل التي تتناولها. فإن قصر عن أن يحيط ببعض جوانبها، أو أخطأ في بعض أجزائها، فذلك شأن كل اجتهاد.

وما أراه هو أن أتناول أولاً الرقابة على الشرعية الدستورية في ذاتها؛ من جهة مصدورها وضرورتها وطرائقها ومناهجها، وغير ذلك من خطوطها العريضة.

ثم أعرض في أجزاء تالية لحقوق الإنسان وحرياته المدنية والسياسية. فلذا لأن الله لي بأن أتم بحثها، أعقبها بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لنص إلى خاتمة العقد ممثلة في الحقوق الجديدة -كالحق في التنمية- التي تطور بها الجماعة من نفسها ليحيي الفرد في نطاقها متكامل الشخصية حقاً وصدقاً.

والله ولي التوفيق.

د. عوض محمد المر

الرئيس السابق للمحكمة الدستورية العليا

(١) Nathan J. Brown [The George Washington University] "The Rule of law in the Arab World, Courts in Egypt and the Gulf", Cambridge Univeristy Press, 1997, p. 117.

بسم الله الرحمن الرحيم

## الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية

تمهيد

(١)

### سلطة الدولة

١- إن أكثر ما يميز الدولة، هو احتكارها لسلطة الردع المنظم. وذلك ما يُغايّر بينها وبين كل تنظيم آخر يوجد على امتداد إقليمها، اجتماعيا كان أم سياسيا. فالقوة التي تحوزها الدولة واستعمالها لها بما يحمل الآخرين على الرضوخ لسلطونها، هي التي تعطىها المكانة المتفردة في مجتمعها.

ولم يعد ممكنا مع وجود الدولة، أن يحصل أحد على حق يدعيه، أو على الترضية التي يطلبها لرد عدوان وقع عليه، إلا من خلال الدولة. فلا ينتزع بيده ما يريد للتضاهه. وصار لازما بالتالي، ألا يكون استعمال الدولة لسلطانها القاهرة التي تنفرد بها في مواجهة مواطنيها، مرحليا، وأن تكون هذه السلطة ذاتها أداة لتنظيم سلوكهم الاجتماعي من خلال القواعد القانونية التي تقرضها. وهي قواعد تنفرد وحدها بتقريرها، فلا تصدر عن غيرها إلا بتفويض منها، سواء كان هذا التفويض صريحا أم ضمنيا.

٢- وهذه القواعد هي التي تشكل في مجموعها القانون الوضعي، وهو قانون لا يتصور أن يكون مضمونه، ولا درجة الحماية التي يكتلها لحقوق الأفراد وحرياتهم، موحداً بين الدول جميعها، وإن ظل تعبيراً حيا عن سلطة القهر التي تملكها، والتي تبلور بها سيادتها على إقليمها.

كذلك فإن الطبيعة الملزمة لقواعد تقنون الوضعي، يفسرنا أن للدولة هي التي تحمّل المخطئين بها - أيما كان مركزهم الاجتماعي - على النزول عليها.

ومن ثم صبح القول قانونا، بأن الدولة من أشخاص القانون العام من زاوية إقليمية وميادية.

وهو ما يعنى ديمومتها؛ وتشخيصها لأمتها؛ وانفصالها عن الشخصية الإنسانية؛ واعتبارها محورا لمصالح مجتمعها؛ واستقلال سلطتها في القهر عن مواطنيها؛ وعلو سيادتها على كل تنظيم يمسّط عليه بأسها؛ وفترادها بتحديد اختصاصاتها وكيفية مباشرتها.

٣- بيد أن مفهوم المبادأة تُلز بالانظم للديموقراطية، فوصفها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا عام ١٧٨٩ بأنها سيادة وطنية<sup>(١)</sup>، وركزتها المملكة المتحدة في برلمانها، واعتبرها جان جاك روسو سيادة شعبية.

كذلك وقع التباين بين الدول في كيفية ممارستها. فالانظم للديموقراطية التمثيلية تعهد بها إلى من يبينهم المواطنون عنهم في مباشرة المبادأة. وهي بعد نظم تباير في مضمونها نظم الديمقراطية المباشرة التي يزاول المواطنون فيها بأنفسهم خصائص المبادأة، ويجمعون مع بعضهم البعض لإدارة الحوار، واتخاذ القرار في كل أمر يتصل بحياتهم اليومية مثلما كان عليه الأمر فسي الديمقراطية الأثينية<sup>(٢)</sup>، وهو ما قام الدليل بعدئذ على استحالة تحقيقه من ناحية واقعية.

٤- وكان ضرورياً لضمان مباشرة المبادأة في حدودها المنطقية، وبما لا تحكم فيه- أن تفرّض الدساتير نفسها على السلطة السياسية كي يقيدها؛ وألا تنظر إلى الدستور كوثيقة منحتها لمواطنيها جهة أية كان قدرها أو موقعها؛ وأن يصاغ بالوسائل الديمقراطية التي يندرج تحتها لإراغ نصوصه في شكل قواعد قانونية تقرأ جمعية منتخبة، أو طرحها على المواطنين في استفتاء عام لتحقيق توافق عليها.

على أن يكون مفهوماً أن الدستور، وإن نطق بتنظيم الدولة، وتحديد نطاق وظائفها، وكيفية مباشرتها؛ إلا أن سيادة الدستور، لا تتحدد بالنظر إلى مضمون القواعد القانونية التي احتواها، وإنما على ضوء الأوضاع الشكلية التي تجعل تعديله عملية معقدة بالغة الصعوبة.

٥- من ثم كان منطقياً ضرورة التمييز بين دساتير مرنة تكون لنصوصها المرتبة ذاتها التي تكون للنصوص التشريعية. ودساتير جامدة تحيطها في مجال تعديلها، قواعد إجرائية غير التي يقتضيها الدستور من السلطة التشريعية في مجال إقرارها للقوانين أو تعنيها.

(١) تقررّت الحكومة التمثيلية لأول مرة بفرنسا عملاً بدستور عام ١٧٩١ الذي يقضى بأن الأمة التي تُستمد منها كل السلطات، لا يجوز أن تُباشرها إلا عن طريق الإثابة.

La nation de qui émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation.

(٢) كان الاجتماع يتم في مكان علم يسمى L'agora ولا تزال هذه الديمقراطية المباشرة تلمح دوراً في بعض الكفوفات السويصرية.

وهذا التمييز بين الدساتير على ضوء مرونتها أو جمودها، هو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن مناط علو الدستور على النظم القانونية جميعها وتصدره لها، لا يتعلق بمضامين نصوصه سواء في مجال تنظيمها للسلطة أو تدولها، أو توزيعها، أو الرقابة عليها، أو تعريفها بحقوق المواطنين وحرياتهم؛ وإنما تتحقق السيادة لنصوص الدستور إذا نظرنا إليها من زاوية الأوضاع الشكلية التي تتصل أولاً بتكوينها؛ ثم بتأسيسها من قبل سلطة عليا تتبثق عنها السلطان التشريعية والتنفيذية، فلا نكران إلا من خلقها، ولا تنقذان بغير القواعد التي تصدر عن تلك السلطة الأعلى لتحدد لكل منهما نطاق ولايتها.

كذلك فإن هذه الجهة الأعلى، هي التي تحيط بتعديل نصوص الدستور بقواعد لها من صرامتها ما يغير بينها وبين تلك التي تلتزمها السلطة التشريعية في تعديلها لقوانينها.

وبغير هذه الأوضاع الشكلية التي تتصل بعملية تكوين نصوص الدستور، وكيفية تأسيسها وطرائق تعديلها، لا تتحقق السيادة للدستور، وإنما تنزل نصوصه منزلة القوانين التي تضعها السلطة التشريعية.

بما مؤدها أن الأوضاع الشكلية وحدها، هي التي تسمو بالدستور فوق القواعد القانونية جميعها. وبدونها لا تكون للدستور -بغض النظر عن الطبيعة الأمرة لقواعده- المكانة الأعلى<sup>(١)</sup>.

٦- على أن الدستور قد يكون مدونا من خلال إبداع القواعد القانونية التي تنظم السلطة وحقوق الأفراد وحرياتهم، في وثيقة تكون أساسية من جهة طبيعتها.

وقد يكون الدستور عرفياً، إذا كان تطور قواعده قد تحقق من خلال الاقتناع العام بأهميتها وبضرورة النزول عليها، وبغير حاجة لتكوينها، مثلما هو الحال في المملكة المتحدة وإسرائيل ونيوزيلندا.

فلا تكون الدساتير العرفية إلا ثمرة تطور تاريخي أفرز في النهاية نصوصها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٣١ جلسة ١٢/١٧/١٩٩٤، ص ٤٠٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وقد تكون نصوص الدستور مدونة في بعض أجزائها، وعرفية في بعض جوانبها. وقد تكون أجزاؤه العرفية مصادمة في بعض ملامحها لجوانبه المدونة. وقد تملأ هذه الأجزاء العرفية فراغا فيما هو مدون من نصوص الدستور، فتكملها.

وقد يتأثر تفسير النصوص المدونة في الدستور، بالقواعد العرفية القائمة إلى جانبها، وإن ظل ثابتا أن القواعد الدستورية العرفية، هي التي تنسم بلطراد العمل بها، والاقتناع بضرورة تطبيقها، والخضوع لها، شأنها في ذلك شأن القواعد المدونة.

وفي الأعم، يكون الدستور المدون جامداً، والدستور العرفي مرنا. بيد أن عموم هذه القاعدة، لا يعنى حظر الاستثناء منها. فالدستور المدون قد يكون مرنا، وغير المدون جامداً.

٧- ومواء كان الدستور مدونا أو عرفيا، فإن سيادة الدستور لازمها أن تهيمن أحكامه على كل قاعدة قانونية عليها في مرتبتها.

فلا تتحقق الغلبة إلا لنصوص الدستور التي تلغ بقايتها فرق غيرها من النصوص.

وما الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية سواء في ذلك تلك التي لقرتها السلطة التشريعية، أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية- إلا ثمرة لتكرج القواعد القانونية فيما بينها، كل يعلو القاعدة القانونية التي تكونه، وجبها عند التعارض بينهما.

فلا يظهر الدستور في النهاية -ومن خلال هذا التكرج- غير ضمان نهائي لكل حق، ولكل حرية نص عليها.

وهو ما يفترض بالضرورة، أن يكون النظام القانوني -في مجموع مكوناته- متحررا من التحكم، وأن يبلور علو الدستور تصاعدا هرميا في السلطة التي تأسس القواعد القانونية على تباين مراتبها.

ومن شأن الرقابة على الشرعية الدستورية، القائمة في حقيقتها على تكرج القواعد القانونية، إبطال النصوص المناقضة للدستور.

وهي رقابة لا تصادم الإرادة الشعبية، ولكنها تقويها من خلال فرض نصوص الدستور على الذين يعارضونها، ويأتون عملا على خلافها.

فالسطة التشريعية لا تمثل إرادة أمتها إلا فى الحدود التى يكون فيها نشاطها واقعا فى إطار الدستور، وموافقا بالتالى لأحكامه.

كذلك فإن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تبأشر ولا يتأمر بما يناقض إرادة أمتها، ولكنها تفتى بأن تعللها على ضوء القواعد التى حددتها لمباشرة السلطة.

وليس الدستور غير إطار للقواعد التى يبلور بها إرادة الأمة بصورة أكثر عمقا، وصراحة وثيقا، فلا تجوز معارضتها.

وما يقال من أن السلطة الأعلى ينبغى أن تكون للقانون، وأن مباشرة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لولايتها التى تبطل بها قوانين السلطة التشريعية - التى تتعاون اليوم مع السلطة التنفيذية - تعاوناً وثيقاً لتحقيق الخير العام - قد يؤول إلى عدوانها على السلطين التشريعية والتنفيذية، أو إلى إرهابهما بقيود تعطل مباشرتهما لوظائفهما بصورة فعالة، مردود بأن تفسير القواعد للقانونية فرع من تطبيق القضاء لها فى نزاع مطروح عليها.

ولا يقع هذا التطبيق بعيداً عن تدرج القواعد القانونية، وإنما يكون تطبيق الدستور وإخضاع كل قاعدة أدنى لأحكامه، جزءاً من عملية التطبيق القضائى للقانون بمفهومه العام.

وهو بعد تطبيق يزداد أهمية مع غموض أو انحراف نصوص الدستور المنتظمة لحقوق المواطنين وحرياتهم، وضرورة إخضاعها لضوابط ومناهج فى التفسير تكفل لها أفضل ضماناتها.

٨- وسواء كان الدستور قد أنشأ جهة للرقابة على دستورية القوانين قبل إصدارها، لضمان تصويبها قبل تطبيقها، فلا يكون وجودها قلقاً؛ أم كان الدستور قد خول هذه الجهة مباشرة رقبتها فى شأن النصوص القانونية بعد العمل بها، بما يجيز إبطالها بعد سنين من تطبيقها، وتعلق كثير من الحقوق بها؛ فإن الرقابة القضائية على الدستورية تنطز ضرورة. فلا يكون التخلى عنها إلا عملاً مناقضاً لجوهر للشرعية الدستورية، بل هو انتقاض عليها.

وتحويل هذه الرقابة لجهة سياسية، سواء بمنحها الاختصاص بالاعتراض على قانون قبل صدوره، أو بإبطال نصوصه بعد نفاذها، أن يكفل لهذه الرقابة فعاليتها، وأن يعطيها دوراً مؤثراً فى مجتمعها.

ذلك أن هذه الجهة السياسية في خصائص تكوينها، أن تكون قلادة على الفصل فسي مسائل قانونية بطبيعتها.

وإن يكون تشكيلها كذلك غير عملية لتقائية تتولاها السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية أو هما معاً، لتصطفى بنفسها من خلالها من تقدر بمقاييسها الشخصية، أنه أحق بالتعيين في جهة الرقابة القضائية على الدستور، لتقصد هذه الجهة استقلالها أو حيدها اللذين يعطيانها القدرة على مواجهة هاتين السلطتين وإبطال تشريعاتهما المخالفة للدستور.

كذلك فإن اختيار أعضاء هذه الجهة السياسية من خلال حق الاقتراع، يقرىها من السلطة التشريعية، وقد يعطىها الأهمية ذاتها التي لهذه السلطة، أو يجعلها على الأقل مزاحمة لها، بما قد يعطل نشاطها بصفة نهائية<sup>(١)</sup>.

ومن ثم حق القول بأنه مما يتفق وطبيعة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تبشرها جهة قضائية لها من ضماناتها وإجراءاتها، ما يجعل عملها أكثر حيدة وإنصافاً.

وليس لازماً أن تشكل هذه الجهة من بين أعضاء السلطة القضائية، وإنما يكفيها أن يكون عملها من طبيعة قضائية، وأن تبشره في إطار قواعد إجرائية تكفل للخصومة الدستورية ضماناتها، وعلى الأقل في حدها الأدنى.

وسواء كانت هذه الجهة محكمة عليا وحيدة لها دور مماثل لدور محكمة النقض مضافاً إليه رقابتها على دستورية القوانين<sup>(٢)</sup>؛ أم كان الاختصاص بنظر المسائل الدستورية معقوداً لمحكمة مركزية تتحصر فيها الرقابة على الشرعية الدستورية، فلا تشاركها في ذلك محكمة غيرها. مثلاً هو الحال في مصر وفي جمهورية ألمانيا الفيدرالية وفي إيطاليا وفي كثير من الدول الأوروبية؛ فإن طرق اللتداعي أمامها، والآثار المترتبة على أحكامها، تتحدد أساساً بنص في الدستور، وقد يصدر المشرع قانوناً مكملًا للدستور في ذلك، وبمراجعة أن رقابة المحكمة في شأن النصوص القانونية

(١) انظر في ذلك مؤلف عنوانه القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، كتيب أربعة فقهاء فرنسيون هم:

Charles Debbasch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean - Claude Ricci, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3ed édition, Economica, p.83.

(٢) مثلاً هو الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية التي تبشر من خلال ولايتها الاستئنافية، رقابتها على الشرعية الدستورية.

المطعون عليها، تحكمها أصلاً مجموعة من الضوابط تتمثل في شرط الوسائل القانونية السليمة، وشرط المعنوية، وشرط التكافؤ في المعاملة القانونية، وشرط حرية التعاقد.

٩- ولئن جاز القول بأن المسائل الدستورية تناقشها عادة أكثر من جهة من بينها السلطة التشريعية، إلا أن تحويل جهة الرقابة على الدستورية الكلمة النهائية بشأنها، يجعل صوتها -مسر حلال أحكامها- هو الأعلى.

بل إن أحكامها هذه، ينبغي أن ينظر إليها؛ بحسبانها مورداً متجدداً يغير مفاهيم القانون الدستوري، ويثريها.

ذلك أن نقطة البداية في دراسة مسائل هذا القانون، تبلورها حقيقة القواعد التي فرضها الدستور على السلطين التشريعية والتفوضية. وهي قيود لا يجوز لإحدهما أن يقلبها، ولو كان يدها إغواء المال وسطوة القوة<sup>(١)</sup>.

وكما أقام الدستور إلى جوار هاتين السلطتين جهة للرقابة القضائية على الدستورية، فإن مهمتها أن تقتصر على مجرد ملء فراغ في النصوص، ولا على تفسيرها؛ وإنما هي القيم التي تستقيها من هذه النصوص، وتطور من خلالها الأوضاع والاقتضائية والاجتماعية القائمة.

بل إن الحلول التي تخلص إليها جهة الرقابة، قد ينعقد الإجماع عليها، بالنظر إلى ضرورتها وموازنتها بين المصالح المتداخلة، بما يكفل حماية أقربها لتحقيق آمال مواطنيها وتطلعاتهم إلى مستقبل أفضل.

١٠- وينبغي دوماً أن ننظر إلى نصوص الدستور باعتبارها موجهة إلى أشخاص يتواجدون في مكان معين، وتحيطهم أوضاع لها ظروفها، وآمال يتعلقون بها، فلا تتعزل مفاهيم هذه النصوص عن واقعها؛ لتكفل لهؤلاء الأشخاص حقوقهم التي لا يجوز النزول عنها أو إضعافها؛ وحرياتهم التي لا يجوز التضييق بها، وحقوق العدل التي يتعين إرساؤها، ومناهج التفسير التي لا ترقى آمالهم في معاملة قانونية لا تميز فيها، ولا تخل كذلك بمساعيهم إلى سعادة تظلم<sup>(٢)</sup>.

---

(١) يقال عادة في الدفاع عن تولى السلطة القضائية الرقابة على الدستورية، إنها سلطة ضعيفة لا تملك سيف المعر أو دحية.

(2) Declaration of independence of the thirteen United States of America, July 4. 1776.

وحقوقهم وحرياتهم وآمالهم هذه، لها غاياتها التي لا يجوز أن تقوضها السلطة سواء بطغيانها أو بإهمالها؛ أو بإنكارها أن للناس جميعهم حقوقاً طبيعية وجوهرية لا يجوز الإخلال بها؛ من بينها حقهم في الحرية الشخصية؛ وفي الإرادة الاختيار؛ وفي ملكية بحوزتها ويستأثرون بمنافعها، وفي ألا تخضعهم سلطة لئاسها - فقد خلقهم الله تعالى أحراراً - بغير موافقتهم التي يفترض أن تتقيد بحدود الدستور والقانون.

## (٢)

### بين توحيد السلطة وتقسيمها

١١- تتوحد السلطة باجتماع فروعها ومظاهرها في يد واحدة، سواء في صورة قانونية أو استبدادية. فلا تكون الجهة التي تباشرها إلا قابضة في شخصها - وفي مواجهة الدولة - على وظائفها الرئيسية.

وأكثر ما يقع ذلك في النظم الديكتاتورية التي يحتكر السلطة فيها ويمارسها شخص واحد، وإن تعين القول بأنه حتى في هذه النظم التي تدور السلطة فيها حول محور بفرد بها، فإن تركيزها فيه، واحتجازها بيده، لا يفيد بالضرورة، امتناع التخلي عن بعض ملامحها لجهة أو أكثر تمارس اختصاصاتها في شكل مشورة تبديها، وعلى الأخص كلما كان ذلك ملائماً من أجل إقلاذ مظهر الديمقراطية.

وحتى في الأحوال التي توجد فيها سلطتان هما السلطة التشريعية والتنفيذية، فإن توحيد السلطة كثيراً ما يتحقق بإخضاع أولاهما للآخيهما.

ولا يقال عندئذ بأن السلطة جميعها، وفي كل أشكالها، بيد جهة واحدة. وإنما الألق أن ننظر إلى السلطة المهمة على أساس أنها تفرض إرادتها على غيرها، فلا تملك السلطة الخاضعة إلا الائتمار بتوجيهاتها.

وهو ما يعنى أننا أمام سلطتين لا تتوازن قدرًا ولا تنكافئ أهمية. وإنما تمتص أقواهما السلطة التي نقابلها، وتحيلها إلى صورة رمزية لا قيمة لها، لنظل السلطة الحاجزة هي الأعلى، تحيط بتسلطها حقوق مواطنيها وحرياتهم، بما يفقدها جوهرها.

١٢- وقد نتوحد السلطة كذلك من خلال سيطرة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية بما ينتزع منها فرصة المبادأة في اتخاذ القرار، ويخضعها سياسياً لسلطة التشريعية، سواء فسي صورة واقعية أو قانونية تجد سنداً - عند المدافعين عنها - في أن السيادة لا يجوز تجزئتها بين أكثر من جهة، وإنما يتعين تركيز الإرادة الوطنية في السلطة التشريعية التي تنفرد بالتعبير عنها، والتي تتخذ من أجل تحقيقها كل التدابير والأعمال الهامة في حياة وطنها، مع التقلى عن بعض المهام التي لا يسعها أو لا يلائمها النهوض بها، إلى سلطة أخرى تقيمها إلى جانبها، وتنبثق عنها، فلا تعادها في اختصاصاتها ولا في وزنها<sup>(١)</sup>.

(٣)

### فصل السلطات من خلال توزيعها

١٣- بيد أن تطوراً عميقاً في المفاهيم القانونية والفلسفية والخلقية، حمل في ثيابه فصلاً للسلطة من خلال توزيع مظاهرها بين أكثر من جهة. واتخذ هذا الفصل صورتين يكون في إحداها كاملاً؛ وفي لأخرها مرناً أو نسبياً.

وهو يكون كاملاً وصارماً، حين تتكافأ السلطة التنفيذية قانوناً مع السلطة التشريعية، فلا تباشر السلطة التنفيذية اختصاصاتها بتفويض من السلطة التشريعية، ولكنها تتلقاها مباشرة من أمتها. كذلك لا تباشر السلطة التشريعية أمثاراتها من خلال خضوعها للسلطة التنفيذية، ولكنها تستقل عنها فسي ممارستها، وقام الدليل بعدئذ من الحقائق التاريخية، على أن فصل هاتين السلطتين عن بعضهما فصلاً كاملاً، ليس إلا تصوراً نظرياً وعقياً. ذلك أن السلطتين التشريعية والتنفيذية يزواجهما قدر من التعاون، يقتضى أن يكون الفصل بينهما مرناً، فلا يعملان كجزيرتين منعزلتين في بحر خضم؛ ولا يقبعان وراء جدران حاجزة؛ ولا يقيمان حدوداً قاطعة بينهما تتحدر بعلاقتها ببعض إلى أنسى مستوياتها. وإنما يكون التعاون بينهما إيجابياً متصاعداً وخلاقاً. وهو تعاون لا يفترض استقلالهما عن بعض بصورة كاملة، وإنما هو التداخل - بالتقابل - بين ولايتهما.

( ) وجدت حكومة الجمعية التشريعية في فرنسا مع دستور ١٧٩٣، وقد أنشأت هذه الجمعية نفسها مجلساً تنفيذياً من ٢٤ عضواً عينتهم الجمعية لا يملك في مواجهتها سلطة التزير، فلا يكون المجلس إلا تابعا للجمعية التي لا تخضع. ويختلف نظام هذه الجمعية بذلك عن النظم البرلمانية، ذلك أن البرلمان وإن كان يملك إسقاط الحكومة، إلا أن الحكومة يسمعها حل البرلمان بشروط معينة.

١٤- وقد دافع Montesquieu -على مؤلفه روح القوانين- عن تقسيم السلطة بين أكثر من فرع ليختص كل واحد منها ببعض مظاهرها، مع فصل الأفرع المختلفة التي تباشر السلطة عن بعضها، قائلًا بأن للدولة مهام اجتماعية رئيسية تفلور وظائفها المختلفة. وتتبدل وظائفها هذه في سلطة عمل القوانين وتصحيحها وإلغائها؛ وسلطة تنفيذ هذه القوانين وإدارة الشؤون الدولية؛ وسلطة مراقبة الخارجين على القانون، والفصل فيما يعرضه الأفراد عليها من نزاعاتهم.

ولم يكن ما قرره Montesquieu على هذا النحو، من ضرورة تقسيم السلطة وفصل أفرعها عن بعضها، جديداً كل الجدة، بل سبقه John Locke إلى ذلك فيما قرره أن من اجتماع سلطة القانون وتنفيذه في يد واحدة، يخلو حق التحال من القوانين التي أقرتها، والعمل على توقيفها سواء عند إقرارها أو تطبيقها- مع مصالحها الخاصة.

ولكن الجديد عند Montesquieu هو القاعدة التي يرد إليها مبدأ الفصل. وحاصلها أن السلطة بطبيعتها تميل إلى التحول، وأن إلزامها حدود الاعتدال، ينبغي أن يكون هدفاً ثابتاً ضماناً للحرية وتوكيداً لها، فلا تنزع السلطة مواطنيها، أو تثير خوفهم منها.

ولا يجوز بالتالي أن تباشر جهة واحدة، مظاهر السلطة في أكثر جوانبها أهمية. بل يتعين تقسيمها بين سلطة تشريعية، وسلطة تنفيذية؛ وسلطة قضائية، تأسيساً على أن توزيعها على هذا النحو ضمان للحرية، وإعلاء لقررها<sup>(١)</sup>، على أن يكون مفهوماً أن الحرية لا ترخص لأحد بإتيان ما يراه من الأعمال، ولكنها تعمل في إطار الدستور والقانون اللذين يحددان لكل فرد دائرة الحقوق التي يملكها والتي لا يجوز تنظيمها إلا بقانون.

بما مؤده أن الحرية هي حق إتيان الأعمال التي يرخص الدستور أو القانون بها، ويأذن كذلك بإجرائها في إطار من الشروط المنطقية التي تكفل توافق هذه الأعمال مع قيم الجماعة ومصالحها.

: ولا يتأتى ضمان هذه الحرية بالتالي بخير مراعاة موازين الاعتدال *la modération* التي تحول دون إساءة استعمال السلطة وإحراقها، ذلك أن الحقائق التاريخية على امتداد العصور، تشهد

(١) وقد نكر براءه مونتسكيو بعض القضاة الأمريكيين الذين يرون أن الفصل والتوازن بين السلطات يوجه عالم لم ينقرر بقصد مجرد ضمان حكومة قادرة على النهوض بأعبائها، بل كذلك لصون الحرية الفردية وضمانها.

The purpose of the separation and equilibration of powers in general, was not merely to assure effective government, but to preserve individual freedom. See, Scalia dissenting opinion in *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, (1988).

بأن الذين يحوزون السلطة، يميلون إلى استخدامها في غير أغراضها، وأن منعهم من مجاوزة الحدود المنطقية التي يباشرون السلطة من خلالها، يقتضى حملها على الاعتدال والمعقولة. ولا يكون ذلك إلا من خلال مقابلة السلطة التي يباشرونها بسلطة توقفها Le pouvoir arrête le pouvoir.

ومن ثم كان اجتماع السلطتين التنفيذية والتشريعية في يد واحدة، إنهاء للحرية التي تُمنحها قوانين سبئة يتم تنفيذها بصورة عذائية.

كذلك فإن دمج السلطة القضائية في السلطة التشريعية يحيل قضائتها إلى مشرعين يعصفون بالحرية أو يستبدون بها. وإلحاقهم بالسلطة التنفيذية يمنحهم قوة القهر، ويمد لهم شرابيين للطغيان.

ولا مفر بالتالي من فصل كل سلطة عن غيرها، مع ضرورة أن تعمل جميعها بتناغم فيما بينها حتى لا يؤول هذا الفصل إلى تعويق حركتها.

(٤)

#### تقسيم السلطة ضمنان ضد الطغيان

١٥- بيد أن تقسيم السلطة بين أفرعها وفصلها عن بعضها البعض، وإن كان ضماناً ضد الطغيان، وتوثيقاً للحدود التي احتجز الدستور داخلها ولاية كل فرع منها، وكان ثابتاً كذلك أن هذا الفصل لا يجوز أن يكون مطلقاً، ولا منها كل تعاون بين أفرع السلطة فيما بينها، ولا حائلاً دون تبادلها الرقابية فيما بينها، بما يوازن بعضها ببعض<sup>(١)</sup> Cheques and balances، إلا أن نطاق الولاية التي يباشرها كل فرع وفقاً للدستور، قد يشوبها غموض يؤول إلى تنازع الأفرع الثلاثة فيما بينها Conflict - producing ambiguities، وإلى أفضها لخلقاتها عن طريق القوة المباشرة التي تحتكم لها بما يسفر أدواتها في الصراع لتحقيق مصالحها الضيقة.

وفي ذلك خطر كبير لا يقم أنظاره غير اقتران فصل السلطة بالعمل على منع تركيزها بصورة متزايدة في جهة واحدة<sup>(٢)</sup>.

(١) يتدخل عمل هذه الأفرع مع بعضها. فحق الاعتراض على قانون صدر عن السلطة التشريعية مخول لرئيس الجمهورية. وحق اتهام رئيس الجمهورية في شأن الجرائم التي ارتكبتها، مخول أحياناً للسلطة التشريعية.

(٢) Gerald Gunther, Constitutional Law, 12th edition, Westbury, New York, The Foundation Press Inc, 1991, p.311.

ويظل واضحاً أن فصل الأعراس السلطة عن بعضها، مرده إلى نصوص الدستور ذاتها التي لا يجوز -في مجال تحديد معانيها- أن ننظر إلى كلماتها وحدها، بل ينبغي أن نعتد بما نقرؤه بين سطورها من مفاهيم كتبتها الحياة فوقها<sup>(١)</sup>.

It is inadmissible by narrow conception of constitutional law to confine it to the words of the Constitution, and to disregard the gloss which life has written upon them.

بما مؤداه أن العمل للصادر من السلطة التنفيذية - ولو كان الدستور لا يظاهاه بنصوص صريحة - لا تجوز معارضته، إذا كان تردداً لأعمال ألتها من قبل بصورة مطردة، ولأزمان مترامية، وكان اتصال هذه الأعمال بطم السلطة التشريعية - وبغير منازعة منها- ثابتاً على امتداد حلقاتها.

(٥)

#### فصل السلطات لا ينبغي تدخلها

ولئن صبح القول بأن فصل السلطة وفقاً للدستور - يتحقق من خلال اختصاص كل فرع ببعض مظاهرها، إلا أن التدخل الجزئي لبعض هذه المظاهر مع بعضها من خلال تعاون الأفرع التي تباشرها- لا يعطى نمجا ببعض Partly interacting and not wholly disjoined.

وينبغي أن يلاحظ كذلك ما يأتي:

أولاً: أن لكل فرع سلطاته الضمنية اللازمة عقلاً لإتفاء مجموع سلطاته التي صرح الدستور بها. فلا تكون سلطاته الضمنية، إلا كلمة في سلطاته الممنوحة، وضرورية لمباشرتها.

Powers implied from the aggregate of express powers granted under the constitution.

فالسلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم عملية الاقتراع وتأمينها بما يصون نكاطها، ويحول دون تطرق الرشوة إليها أو إفسادها على نحو آخر؛ فرع من سلطاته في أن يعمل على صون أجهزة الدولة ومؤسساتها مما يحوق حركتها أو يدمر بنيانها.

<sup>(١)</sup> Justice Frankfurter concurring opinion in *Youngstown sheet & Tube Co. V Sawyer* [The steel Zeizure Case] 343 U.S. 579, (1952).

وكل اختصاص صرح الدستور به لجهة بعينها، يندرج فيه ضمناً ما يكون لازماً لمباشرته بصورة فعالة. فاختصاص رئيس الجمهورية بإعلان الحرب، يخوله ضمناً اتخاذ التدابير اللازمة لتسيير الجيوش بعد إعدادها وتجهيزها للقتال<sup>(١)</sup>.

أما في نطاق الشؤون الخارجية، فإن حقوق الدولة وسلطاتها تعادل تلك التي تكفلها قواعد القانون الدولي لغيرها من الدول. ذلك أن الدولة تعتبر عضواً في الأسرة الدولية، ولها بالتالي كافة الحقوق التي تتكافأ فيها مع غيرها من الدول دون نقصان، وإلا كان القول بتمتعها بالسيادة الكاملة وهماً.

ومن ثم تعتبر الحقوق المقررة لغيرها من الأمم ثابتة لها، ولو لم ينص الدستور عليها<sup>(٢)</sup>. ومن بين هذه الحقوق، سلطاتها في إبعاد غير المواطنين من إقليمها، وسلطاتها في منعهم من دخول إقليمها وتنظيم شروط إقامتهم فيها<sup>(٣)</sup>، وإقرار القوانين اللازمة لتحديد إطار علاقاتها الخارجية مع غيرها من الدول.

ثانياً: على الدولة بكل سلطاتها -ودون ما نص في الدستور- أن تتخذ التدابير اللازمة لإنشاء للتراماتها الدولية وفقاً لقانون الأمم The Law of Nation.

ولا يجوز لها على الأخص أن تلحق ضرراً بغيرها من الأمم التي تسالها، ولا بمواطنيها الموجودين في إقليمها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن <<للمصاير المصرية جميعها، كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفهما في المجال المحدد لها أصلاً بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه -فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها- من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص

(١) كذلك فإن اختصاص رئيس الجمهورية بإبرام معاهدة دولية، يخوله ضمناً حق إبرامها إذا لم يحدد الدستور سلطة الإنهاء على نحو آخر.

(٢) ينبغي أن يلاحظ أنه على صعيد الدول الفيدرالية، فإن الحكومة المركزية هي التي تتمتع بالسيادة في مجال الشؤون الخارجية. أما ولاياتها فليس لها نصيب منها.

(٣) يستبر الحق في إبعاد الأجانب من الإقليم من أعمال السيادة، بل إن هذا الحق لا يقع في اختصاص السلطة التشريعية وحدها وإنما يعتبر كلسنا في نطق ولاية السلطة التنفيذية في مجال إدارتها للشؤون الخارجية.

الأضرار التي تلحقها، ولو لم تكن هذه المخاطر من طبيعة مادية، بل كان من شأنها أن تستلهم  
ولجب الدولة في التدخل تشريعياً لمواجهة التزاماتها الدولية التي حل أجل إيفائها<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: تقتصر مهمة السلطة التشريعية على إقرار القوانين التي ترتبها ملائمة أو ضرورة  
لمواجهة أوضاع قائمة في مجتمعها. وليس لها بالتالي أن تتصل فيما إذا كان المخاطبون بها، قد  
استوفوا شروط تطبيقها؛ وإلا كان ذلك تدخلاً منها في شؤون السلطة القضائية.

رابعاً: لا يجوز لأية سلطة، أن تتدخل في اختصاص أفراد الدستور لغيرها، ولو كان تدخلها  
أكثر ملاءمة؛ أو كان القرار الصادر عنها أكثر موضوعية.

ذلك أن موضوعية أو ملاءمة قراراتها الصادرة فيما يجاوز اختصاصها، لا يندرج في إطار  
الأغراض الأولية التي تتوخاها النظم الديمقراطية.

خامساً: أن تقسيم السلطة بين أفرع ثلاثة تتولاها، وفصل هذه الأفرع بعضها عن بعض، وإن  
أل أحياناً إلى تنازعها، إلا أن تعاونها وتداخل اختصاصاتها في بعض صورها<sup>(٢)</sup> ومراقبة بعضها  
لبعض، توحي دوماً أن يكون نقاشها حول المسائل التي تتصل بمصالح مواطنيها في مجموعهم، حياً،  
مفتوحاً، وعريضاً<sup>(٣)</sup>.

## (٦)

### حد السلطة هو مباشرتها لولايتها وفقاً للدستور

١٦- ويرعى الدستور الحدود التي تباشر فيها كل سلطة ولايتها، بما تتفق وطبيعة وظائفها، ما  
لم يكن خروجها على وظائفها الطبيعية مكثراً بنص خاص في الدستور، كحق رئيس الجمهورية في  
اتخاذ تدابير لها قوة القانون في حالة الضرورة وفقاً لنص المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١.

(١) مسنورية عليا - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ -  
ص ٢٨٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، يعتبر تدخلاً في الصلاية  
التشريعية. كذلك فإن حق الكونجرس في الولايات المتحدة الأمريكية في اتهام بعض الموظفين عن طريق مجلس  
النواب، ومحاكمتهم بواسطة مجلس الشيوخ، تعتبر تدخلاً في الوظيفة القضائية.

(٣) Justice Powell's concurring opinion in *INS v. Chadha* 462 U.S. 919, (1983).

وليس السلطة التشريعية بالتالى أن تفصل موظفين يقومون على تنفيذ القانون، إلا إذا كان الدستور قد خولها حق اتهامهم ومحاكمتهم عن جرائم نص عليها بالنظر إلى خطورتها<sup>(١)</sup>.

فإذا لم يكن الدستور قد منحها هذا الاختصاص، فإن تدخلها فى الطريقة التى يتم بها تنفيذ القانون، يخل باختصاص مقرر أصلا للسلطة التنفيذية وفق طبيعة وظائفها. وينبغى أن يعامل هذا التدخل كاعتراض مرفوض من جانبها، على مباشرة السلطة للتنفيذية لولايتها المنصوص عليها فى الدستور.

ويظل تدخل السلطة التشريعية، على النحو المتقدم، مخالفا للدستور، ولو كان القانون الصادر عنها قد خولها حق فصل القائمين على تنفيذ القانون لاتعدام كفاءتهم، أو لإهمالهم فى أداء واجباتهم، أو لسوء إدارتهم للوظيفة التى يتولونها.

ذلك أن أسبابا للفصل كهذه، تنتم بسمعها وباتساع مفاهيمها، وخروجها على القواعد اللازمة لضبط النصوص القانونية، بما يمنح السلطة التشريعية حق إيقاع جزاء بناء على وقائع صاغتها بنفسها فى حدود غير ضيقة. كذلك فإن مباشرتها لهذا الاختصاص، يعنى تقييمها لأعمال هؤلاء الموظفين للفصل فى تطابقها مع الأغراض التى توختها تشريعاتها، وأن تحييم عن وظائفهم إذا بشروها على نحو يعتبر فى تقديرها خروجاً على مقاصدها من القوانين التى أقرتها.

بل يجوز لها كذلك فصلهم، ولو كان نقضهم للأغراض النهائية لهذه القوانين، محتملا. وهو ما لا يأنز الدستور فيه، أو يرخس به.

وحتى لو صدر عن السلطة التشريعية قانون يخولها حق تعيين موظفين يتولون مراقبة تنفيذ قانون الميزانية، ويكونون مسئولين قبلها، فإن تعيينهم استقلالا عن رئيس الجمهورية، يخل بواجبه المنصوص عليه فى الدستور فى أن يرضى أمانة تنفيذ القوانين التى أقرتها السلطة التشريعية. ولا يجوز بالتالى أن تستكر السلطة التشريعية لنفسها حق فصل موظفين يقومون على تنفيذ القانون، إلا إذا كان الدستور قد خولها هذا الاختصاص.

(١) من بين هذه الجرائم وفقا للدستور الأمريكى، جرائم الخيانة والرشوة.

وعلى ضوء ما تقدم، لا يجوز أن يكون قرار السلطة التنفيذية بفصل موظفيها لخروجهم عن حدود واجباتهم، مطلقاً نافذه على موافقة السلطة التشريعية.

١٧- وتعاون الأفرع التي تنقسم السلطة بينها، لا يخول أحد هذه الفروع العدوان على اختصاص قراره الدستور لفرع آخر.

ذلك أن استقلالها المطلق عن بعضها البعض وإن كان غير متصور، إلا أن الفصل بينها -بندل بالضرورة على أن الاختصاص المحجوز لكل منها، لا يجوز سلبه، وإلا كان للتدخل فيه عسبا للسلطة Usurpation of Power.

يؤيد ذلك إن ما توخاه الدستور من ضمان قدر من التعاون بين الأفرع التي تنقسم السلطة بينها، مع مراقبة بعضها لبعض في الحدود التي نص عليها، هو تحقيق نوع من التوازن بين سلطاتها بما يجعل هذه الأفرع متكافئة في وزنها، ومما يناقض تساويها وتوازنها، أن يعمد فرع من بينها إلى أن يقبض بيده على مظاهر السلطة جميعها، أو على جوانبها الحيوية، ولو كان ذلك بصورة تدريجية، وتركبية.

ذلك أن الاختصاص لا يباشر إلا كاملاً دون نقصان، ولا يخلص إلا للجهة التي تتولاه وفقاً للدستور<sup>(١)</sup>.

A system of separate and coordinate powers necessarily involves an acceptance of exclusive power that can theoretically be abused.

فضلاً عن أن عدوان فرع على اختصاص مقرر لفرع آخر - ولو كان ذلك بصورة جزئية، أو والما في منطقة قليلة الأهمية - لا يقل سوءاً عن إتهاب هذا الاختصاص بصورة كاملة أو جوهرية.

ويظل مخالفاً للدستور بالتالي، كل عدوان على اختصاص لأحد أفرع السلطة، ولو كان لا يخل بجوهر وظيفتها، بل يمسها بصورة جانبية.

(١) Justice Scalia dissenting opinion in Morrison V. Olson 487 U.S. 654 (1988).

ذلك أن التمييز بين ما يعتبر جوهرياً أو ثانوياً من مضمون الاختصاص، لا يقوم على فواصل دقيقة أو معايير حادة. ومثل هذا التمييز يدفعنا كذلك إلى أغوار عميقة يتعذر سبرها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن نحقق في الدرجة التي انخفض إليها الاختصاص، ولا في نوع أو قدر الموانع التي تعترض جريانه. فالاختصاص هو الاختصاص؛ إما أن يباشر كاملاً غير منقوص، وإما أن تكون الحكومة غير خاضعة للقانون على الإطلاق.

وينتزع عن هذا الأصل:

\* أن الحدوث على اختصاص السلطة التنفيذية في مجال مراقبتها لأعمال موظفيها، وفصلهم إذا هم خرجوا على ولجابتهم، لا يكون مبرراً، ولو قيل بأن أعمالهم تخالفها ملامح تشريعية أو قضائية.

ذلك أن التمييز بين وظيفة تنفيذية صرفه، ووظيفة شبه تشريعية Quasi - legislative وأخرى شبه قضائية Quasi - Judicial، يفقد إلى ضوابط موضوعية، فلا يكون سائفاً في حكم العقل.

\* أن حق السلطة التنفيذية في التخلي عن اعترافها بحكومة أجنبية، يخولها إنهاء معاهدة دفاع متبادل أبرمتها معها، ولو كان الدستور قد شرط لتصديقها على هذه المعاهدة وإنفاذها بالتالي فيما بين أطرافها، أن تكون السلطة التشريعية قد أقرتها قبل التصديق عليها. ولا يجوز أن يقال عندئذ بأن إنهاء السلطة التنفيذية لمعاهدة قائمة، يعد من المسائل السياسية التي لا يجوز لجهة قضائية أن تخوض

(١) وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في نصوص الدستور أنها تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة. وهي باعتبارها كذلك تنصدر قواعد النظم العام. وإذا كان الدستور قد حدد لكل سلطة عامة وظائفها الأصلية وما تبشره من أعمال أخرى لا تدخل في نطاقها، بل تعد استثناء يرد على أصل الحصول نشاطها في المجال الذي يتفق مع طبيعة وظائفها؛ وكان الدستور قد حصر هذه الأعمال الاستثنائية، وبين صورة تصبيلة لقواعد ممارستها، فقد تعين على كل سلطة في مباشرتها لها، أن تلتزم حدودها الضيقة وأن تردّها إلى ضوابطها الدقيقة التي عينها الدستور، وإلا وقع عملها مخالفاً لأحكامه.

دستورية عليا - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ ص ٢٩٤ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

فيها. ذلك أن إنهاءها لهذه المعاهدة بقرار منفرد منها، يعتبر نتيجة عرضية مترتبة بالضرورة على سحبها لاعترافها بالحكومة الأجنبية التي كانت ترتبط معها بهذه المعاهدة<sup>(١)</sup>.

١٨- وللسلطة التشريعية كذلك، ولو قبل اكتمال مدة التفويض الصادر منها لرئيس الجمهورية، أن تنهيه، ولو لم يكن رئيس الجمهورية قد جاوز حدود هذا التفويض.

ولا يعتبر القانون الصادر عنها بإنهاء التفويض، تخطا منها في اختصاص مخول لرئيس الجمهورية، ولكنها تستعيد بإنهاء التفويض، ما نقص من ولايتها التشريعية بمقتضاه.

كذلك فإن إكثار السلطة التشريعية من صور التفويض التي تمنحها لرئيس الجمهورية بما يحد على تخطيها عن وظيفتها التشريعية في جوانبها الأكثر أهمية Excessive Delegation، يؤثر بالضرورة على مسؤوليتها السياسية، ويطرح كذلك مخالفة هذا التفويض الدستوري.

ذلك إن الأصل هو أن تباشر السلطة التشريعية بنفسها ولايتها كاملة، فلا تخطي لغيرها - من خلال التفويض - عن اختصاص كلفه الدستور لها، إلا وفق أحكامه، وفي أضيق الحدود، وبشروط تكفل تحقيق التفويض. سواء من جهة طبيعة المسائل التي يتناولها، أو الأسس التي يقوم عليها تنظيمها، أو المدة التي يحددها فيها - للأغراض التي يتوخاها.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا، >> بأن ما نص عليه المادة ١٠٨ من الدستور من تحويل رئيس الجمهورية عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، الحق في إصدار قرارات لها قوة القانون، مؤداه أن حالة الضرورة والأوضاع الاستثنائية، هما اللذان يجيزان تفويض رئيس الجمهورية في مباشرة بعض مظاهر الولاية

(١) انظر نزاع في الولايات المتحدة الأمريكية بعد اعترافها بحكومة الصين الشعبية وسحبها لاعترافها بحكومة تايوان. ذلك أن تغليبها عن الاعتراف بحكومة تايوان حملها على إلغاء معاهدة الدفاع المشترك التي كانت قد أبرمتها معها مما دفع بعض أعضاء مجلس الشيوخ الأمريكي لرفع دعوى أمام المحكمة العليا في الولايات المتحدة يعترضون فيها على إنهاء رئيس الجمهورية لمعاهدة الدفاع هذه بقرار منفرد من جانبها في الوقت الذي يتطلب فيه الدستور الأمريكي موافقة ثلثي أعضاء مجلس الشيوخ على المعاهدة قبل التصديق عليها. إلا أن المحكمة لم تقبل الدعوى ورفضتها دون النظر في موضوعها، وانقسم قضاتها فيما بينهم حول أسباب الرفض، وإن قال أربعة منهم بلل القضية تأثير مسائل سياسية لا يجوز الخوض فيها، وقرر أحد قضاتها بأن النزاع المعروض لا يدخل في نطاق هذه المسائل.

التشريعية، وهما طرفان لا يجوز أن تترخص السلطة التشريعية فيهما، ولا أن تغسرها على نحو مرن، وبهما معا يتحقق مناط التفويض».

>> وليس لها كذلك، أن تنقل -من خلال التفويض- ولايتها التشريعية بأكملها، أو في جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية؛ ولا أن تقر قانون التفويض بأقل من أغلبية ثلثي أعضائها، وذلك لضمان أن يظل التفويض في حدود ضيقة لا تقرب فيها. وعليها دوماً بمقتضى نص المادة ١٠٨ من الدستور، أن تعين بنفسها "محل التفويض" وذلك من خلال تحديدها للقاطع للمسائل التي يتناولها، وأسس تنظيمها بقصد ضبط موضوع التفويض. وهي مكلفة كذلك بأن تجعل التفويض موقوفاً بميعاد معلوم كي تكون منته حذاً زمنياً لا يجوز أن يتخطاه السلطة التنفيذية في ممارستها لاختصاصها الاستثنائي».

وخول السلطة التشريعية كذلك مراقبة تنفيذ السلطة التنفيذية بحدود التفويض، فألزمها بأن تعرض على السلطة التشريعية للتدبير التي اتخذها رئيس الجمهورية إعمالاً لقانون التفويض، وذلك في أول جلسة تدعى إليها بعد انتهاء مدة التفويض.

إذاً لم تعرض هذه التدابير على السلطة التشريعية، أو ولم تقرها بعد عرضها عليها، زال ما كان لها من قوة القانون. وكل ذلك ضماناً لممارسة هذا الاختصاص الاستثنائي في حدود القيود التي عينها الدستور، حصراً لنطاقه، وضبطاً لقواعده<sup>(١)</sup>.

١٩- والقول بأن كثيراً من الدول تتعد مجتمعاتها بصورة متزايدة، بما يعجز السلطة التشريعية فيها عن مباشرة مهامها بصورة مقتررة، ما لم تفوض غيرها في بعض اختصاصاتها في إطار خطوط عريضة وتوجيهية، مردود بأن حدود التفويض لا يجوز أن تنسج بإبهاها، ولا بانسجياها أو إفراطها.

لأن يتعين ضبطها بما لا ينتزع من السلطة التشريعية جوهر ولايتها، Encroachment Power، لتباشرها الجهة التي ملبتها منها بدون حق. وفي ذلك خطر كبير يتلخ من تجاه ميزان القوة لصالح السلطة التنفيذية، ليزداد عودها صلابة بما يجعل تجميعها لسلطاتها وتضاعفها Accumulation of

(١) دستورية عليا -ال قضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٣٥ -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ ص ٣٥٨ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

Power، وكذلك تضخمها، Aggrandizement of Power نهجاً ثابتاً لها، يعق طغيانها ويزيد وطأتها على من تمسح بياسها.

ويتصل بما تقدم، أن تقرير السياسة الجنائية، وتحديد ملامحها من خلال نصوص قانونية تبين الضرورة الاجتماعية التي يقوم التجريم عليها، و موازين العقوبة التي يجوز فرضها على المذنبين؛ مما يجب أن تتواء السلطة التشريعية أصلاً، فلا يجوز تفويض السلطة القضائية في شيء من ذلك إخلالاً بتكامل السلطة التشريعية فيما يقع في نطاق اختصاصاتها الأصولية التي احتجزها الدستور لها<sup>(١)</sup>.

فقانون العقوبات في مصر يعاقب على جريمة الفعل الفاضح وعلى جريمة هتك المعوض، دون أن يحدد لهاتين الجريمتين نموذجها القانوني، تاركاً للقضاء مهمة هذا التحديد، ومغالفاً بالتالي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، خاصة وأن التحديد القضائي لآية جريمة يقوم على معايير مختلفة قد يناقض بعضها البعض، وقد يؤول إلى اتساع دائرة التجريم في زمن معين وتقليصها في زمن آخر، بما ينافي ضوابط التجريم التي تفرض وحده المعايير التشريعية لكل جريمة.

٢٠- كذلك فإن ثباين القضاء فيما بينهم، وتفاوتهم في قدر العقوبة التي يوقعونها في الجريمة الواحدة Excessive Disparity لا يقول السلطة التشريعية أن تشكل لجنة غير قضائية مستقل رئيس الجمهورية بتعيين وعزل أعضائها تنقيا معاوني القضاء في عملهم سواء من خلال معايير إرشادية تقدمها لهم بما يوحد كلمتهم أو يقربها في المسائل الجنائية التي يفصلون فيها، أو بإحاطتهم بالضوابط التي يزنون بها العقوبة التي يوقعونها على الجناة.

ذلك أن التحديد التشريعي لمقدار العقوبة مما تختص به السلطة التشريعية. كذلك يدخل تفردها في اختصاص السلطة القضائية التي لها كذلك أن تفصل في دستورية مناسبة العقوبة للجريمة التي تنصل بها. وكل تفويض يصدر عن السلطة التشريعية على خلاف الضوابط المنقمة بيانها، هو انقلاب من السلطة التشريعية على نفسها، بما يثير شكوكا خطيرة حول توازن السلطة بين الأفرع التي تباشرها<sup>(٢)</sup>.

(١) Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe line Co., 458 U.S. 50 (1982).

(٢) عكس ذلك قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية Mistretta v. United States, 488 U.S. 361 (1989).

٢١- للسلطة التنفيذية وحدها، بعد اعترافها بحكومة أجنبية، وتبادلها للعلاقات الدبلوماسية معها، أن ترتبط معها باتفاق ينظم تسوية بعض المسائل المتعلقة بينهما.

ولا يعتبر هذا الاتفاق معاهدة دولية قائمة بذاتها لا يجوز التصديق عليها قبل أن تقرها السلطة التشريعية. بل جزءاً من علاقة دولية متكاملة، يتقدمها اعترافها بالحكومة الأجنبية؛ ويتوسطها تبادلها للروابط الدبلوماسية معها؛ وخاتمتها حل المسائل المتنازع عليها باتفاق يتضمن تسويتها.

واختصاص السلطة التنفيذية وحدها بما تقدم، مرده أنها وحدها هي التي يجب أن يكون صوتها منفرداً في الشؤون الخارجية، توجهها بالطريقة التي تراها بما يوثق روابطها، ويرعى مصلحتها مع الدول الأجنبية المعنية<sup>(١)</sup>.

٢٢- وقد تواجّه الدولة غزواً أجنبياً أو تمرداً داخلياً أو حرباً أهلية، بما يهدد تكامل إقليمها أو وحدة أبنائها أو ترتبط مصالحها.

وقد تدغمها هذه المخاطر، فلا يكون بوسعها مقابلتها إلا بتدابير عاجلة يكون عنصر الزمن حاسماً في فعاليتها.

وليس لازماً لاتخاذ هذه التدابير، أن يتبرص رئيس الجمهورية قراراً من السلطة التشريعية تعلن به حرباً على القوة الغازية، أو للجماعة المتمردة، أو العصبة الانفصالية، ولو كان الدستور قد خولها وحدها الاختصاص بإصدار هذا القرار.

ولا كذلك استخدام رئيس الجمهورية للقوات المسلحة أو تكثيفها أو نشرها، بقصد القيام بأعمال عدائية فيما وراء الحدود الإقليمية لبلده.

(١) United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937).

انظر كذلك قضية Dames and Moore v. Regan, 453 U.S. 654 (1981).

وتلخص وقائعها في أن الرئيس الأمريكي كارتر، عقد اتفاقاً مع الحكومة الإيرانية حتى تفرج إيران عن الرهائن الأمريكيين المحتجزين لديها. وقد توخى الاتفاق إبطال كل الحجز على الأموال الإيرانية بالولايات المتحدة، ووقف كل الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الأمريكية ضد إيران مع تقديمها إلى محكمة خاصة للتحكيم تكون قراراتها ملزمة بشأنها. وقد أيدت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية هذا الاتفاق تليسياً على أن الكونجرس إما أن يكون قد رخص صراحة به، أو وافق عليه بصورة ضمنية.

إذ تنال هذه الأعمال في غيبة قرار بإعلان الحرب، مقيدة بالضرورة التي تقتضيها؛ ومشروطة بموافقة السلطة التشريعية- الصريحة أو الضمنية- وفي حدود الضوابط التي قررناها.

والسلطة التشريعية دوماً أن تقيد من سلطة رئيس الجمهورية في مجال استخدام القوة فيما وراء الحدود الإقليمية، وذلك من خلال حجبها التمويل اللازم لدعم الجهود الحربية.

٢٣- ويلاحظ أن نصوص الدستور الصريحة، لا تنص وحدها لاختصاص كل سلطة، وإنما بتحدد اختصاصها -في صورته الإجمالية- من خلال العمل، فلا يكون إلا متموجاً على ضوء الحقائق العملية التي تفرض نفسها على مسعد الحياة السياسية.

وإذا كان النزاع قد ثار بين السلطة التشريعية ورئيس الجمهورية في مجال أيهما الأحق بتقرير الشؤون السياسية، فإن نزاعاً من نوع آخر شجر بينهما في مجال ذاتية كل من هذين الفرعين، ورفض كل منهما تدخل الآخر فيما يتعلق به من الشؤون التي يقوم عليها، ولو لم تكن لها طبيعة سياسية.

وتتلور هذه الصورة من النزاع بين الفرعين، المسائل الدستورية التي ينفرد كل منهما باتخاذ قرار نهائي فيها، ونطاق تكامل سلطاتهما، وحدود التدخل فيها.

ويقع هذا النزاع على الأخص، إذا باشر رئيس الجمهورية سلوكاً أو أتي أعمالاً تخل بحقوق المواطنين أو حريتهم، أو تحوق إدارة العدالة بصورة فعالة، أو تنقض حقوقاً مقررة لبعض أجهزة السلطة التنفيذية، وتحبط الأغراض المقصودة من تأسيسها.

٢٤- وقد لا يقبل رئيس الجمهورية طلباً قضائياً يلزمه بأن يقدم إلى المحكمة الشرائط التي سجل عليها الأحاديث التي أجراها مع معاونيه، قرلاً بأن أحاديثه هذه سرية في طبيعتها، وأن عرضها أو الإطلاع عليها من قبل آخرين ينتهكها، وأن سرية هذه من امتيازاته التي لا يجوز أن تنقضها السلطة القضائية؛ ولو كان اطلاعها على أجزاء من أحاديثه متصلاً باتهام جنائي، وواقعاً وراء جنران مغلقة لا تخل بسرية أحاديثه في مجموعها.

ولم تقبل السلطة القضائية الامتياز المطلق الذي يدعيه رئيس الجمهورية لأحاديثه هذه ونظوت إليه، باعتباره متضمناً إسباغ حصانة غير موصوفة أو مقيدة عليها، لتحول بذاتها دون مباشرة السلطة القضائية لمهامها، رغم إنها لا تقل شأنًا عن السلطتين التشريعية والتنفيذية Co - Equal Branches.

وفضلا عن أن مبدأ الفصل بينها وبين هاتين السلطتين، لا يتوخى ضمان استقلالها الكامل عن بعضها البعض، بل ككل الصنوبر توازنا دقيقا بينها يتمكن به كل سلطة من مباشرة وظائفها، وعلى الأقل لأن كل نزاع في شأن المصالح التي تدعيها أية سلطة لنفسها، ينبغي أن يحسم على ضوء مبدأ يكفل لكل منها وظائفها الحيوية<sup>(١)</sup>.

وليس لرئيس الجمهورية بالتالي، أن يقاوم طلبا قضائيا Supoena يدعو إلى أن يقدم إلى السلطة القضائية الأمرطة التي سجل عليها أحاديثه تلك، فإذا نذرع بسريتها ليمتنع عن تقديمها إلى القضاء؛ وكانت أحاديثه هذه لا صلة لها بأسرار دبلوماسية أو حربية لا يجوز للقضاء اقتحامها؛ وكان الدستور وإن خلا من نص صريح يكفل لرئيس الجمهورية سرية اتصالاته مع معاونيه، إلا أن المصلحة في كتمانها تكون دستورية في أساسها إذا كان حجبها ضروريا لتمكين رئيس الجمهورية من أداء وظيفته بصورة فعالة.

فإذا ناقض إخفاءه لأحاديثه مع معاونيه ما ينبغي أن يسود كل محاكمة جنائية منصفة من ضرورة تقديم الأدلة المتصلة بها، والجازز قبولها، إلى القضاء الذين يدهم سلطة تقديرها وزنها<sup>(٢)</sup>؛ وكان من شأن الطبيعة المطلقة لامتياز رئيس الجمهورية المدعى به، أن تتوفر مداخل ثرية لإرهاق الحقيقة أو إجهاضها، فلا يكون إزهاقها إلا نتيجة مترتبة على إطلاق هذا الامتياز؛ وعلاقا دون مباشرة القضاء لوظائفهم في نطاقها المنطقي؛ وحكلا دون إعمال شرط الوسائل القانونية السليمة؛ ومرجحا عمومية المصلحة في كتمان رئيس الجمهورية لاتصالاته مع معاونيه، على ضرورة تخصيصها بالدعوى الجنائية التي لا زال الاتهام فيها مطلقا لم يحسم، والفصل فيه مرتبطا بأدلة تضمنتها لشرطة التسجيل التي تحتفظ بها رئيس الجمهورية، فإن لم يقدمها صار فوق القانون<sup>(٣)</sup>.

(١) ويلاحظ أن أية لجنة تشكلها السلطة التشريعية لتقصي الحقائق، لا تستطيع الحصول جبرا من رئيس الجمهورية على معلومات يرى كتمانها.

Gerald Gunther, Constitutional law, eleventh edition, p. 365

(٢) تتسم النظم الجنائية الإجرائية بخاصية الجبرية التي تحتّم عرض جميع الأدلة على الجهة القضائية التي تفصل في الاتهام الجنائي، وتقول الدفاع وسلطة الاتهام حق مناقشتها، وإلا لنطق الطريق إلى الحقيقة أو صار باوعيا مضوبا بالمخاطر. لا استثناء من هذه القاعدة إلا لمصلحة جهرية كحق الشخص في ألا يقدم بنفسه دليل. إنلتته Self-incrimination

(٣) انظر في ذلك قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد الرئيس الأمريكي نيكسون، وكان قد صدر ضده أمر قضائي يلزمه بأن يقدم إلى المحكمة الجنائية بعض الشرائط المسجلة عليها أحاديثه مع معاونيه، وذلك للفصل في اتهام جنائي في شأن فضيحة ووترجيت The Watergate Tapes litigation التي تلصص فيها- ومن أجل دعم حملته الانتخابية- على الحزب الديمقراطي المنافس. ولكن الرئيس نيكسون نذرع بأن من حقه كترين للجمهورية أن يكتم أحاديثه مع معاونيه، فلا يعرفها أحد.

United States v. Nixon, 418 U.S. 683, (1974).

ولا يجوز بالتالى -وعلى ضوء مبدأ الخضوع للقانون- أن يمانى الأبرياء، ولا أن يفر الجناة بذنوبهم. Guilt shall not escape, or innocence suffer.

٢٥- ولا يعنى ما تقدم، أن تفصل السلطة القضائية فى كل نزاع يقع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو بين إحداها والسلطة القضائية، ذلك أن النزاع المطروح عليها قد يكون من طبيعة سياسية تخرجه عن ولايتها.

وهو ما يتحقق على الأخص، إما لأن الدستور عهد بتخاذ القرار النهائى فى مسائل يعينها إلى السلطة التشريعية أو التنفيذية Constitutional Commitment؛ وإما لأن السلطة القضائية ذاتها لا تتوفر لديها الوسائل والمواليزن والحقائق المحايدة التى تفصل على ضوءها فيما يطرح عليها من المسائل الدستورية؛ Judicially Manageable Standards and Data؛ وإما لأن السلطة القضائية، فى تعاملها مع السلطتين التشريعية والتنفيذية، ينبغى أن تكون أكثر حذراً من خلال تحوطها فى تقدير ما يدخل من أعمالها فى إطار رقابتها على الشرعية الدستورية Prudential Considerations، ضماناً لفصل ولايتها عن هاتين السلطتين، وتوفيقاً لصراع معهما، وتجنباً لأن يصدر فى الموضوع الواحد أكثر من قرار من أكثر من فرع من فروع السلطة. فلا يكون الموضوع الواحد منظماً بقاعدة قانونية واحدة، وإنما بأكثر من قاعدة يناقش بعضها البعض.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا من خلال تقريرها لأمرين

أولهما: أن الأعمال السياسية هى التى تكون كذلك بالنظر إلى طبيعتها لتحدد خصائص هذه الأعمال، جوهرها. ولا يجوز للسلطة التشريعية بالتالى أن تضفى صفة الأعمال السياسية على أعمال تنافها ولا تلتزم معها.

ثانيهما: أنه كلما كان خوض المحكمة فى دستورية المسائل المطروحة عليها، متوافقاً على موازين وضوابط ومطومات لا تتوفر لديها؛ فإنها تخرج عن ولايتها؛ وأنه على ضوء ما تقدم، فإن كل معاهدة دولية -وإنما كان موضوعها- لا تعتبر بصفة تلقائية -بناء على مجرد تنظيمها لعلاقات دولية- من الأعمال السياسية<sup>(١)</sup>.

(١) دستورية عليا -ال قضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية دستورية- جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ -قاعدة رقم ٣١ من ٣٧١ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

## (٧)

حقبة المسائل السياسية

٢٦- وينبغي أن يلاحظ في شأن ما يعتبر من المسائل الدستورية من طبيعة سياسية Political Issues ما يأتي:

أولاً: على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، ولو خالطتها ملامح سياسية، أو كان قضاؤها في المسائل الدستورية المعروضة عليها يصالم توجهها للسلطة التشريعية أو التنفيذية، أو منطقياً على إحراج إحداها.

وبتين دوماً أن يكون فصلهما في المسائل الدستورية المعروضة عليها دالا على تحوطها، وأنها لا تعتبر مجرد هيئة قضائية لتنفيذ حكم الدستور، بل توازنها سلطتان أخريان لكل منهما اختصاصاتها الثابتة التي لا يجوز إنكارها أو تهيمشها.

ثانياً: أن تعدد الفصل في بعض المسائل الدستورية لا يحيلها إلى مسائل سياسية لا يجوز إصدار حكم قضائي فيها. ذلك إن المسائل السياسية تغاير في نوعها -لا فسي درجتها- التفسير المنهجي للدستور باعتباره أداة تحديد الحقوق التي كفلها. ولا يتصور بالتالي أن يكون هذا التفسير متوخفاً غير إنفاذ القيود التي فرضها الدستور على السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ثالثاً: أن يطاتل جهة الرقابة على الدستورية لنصوص قانونية مطعون عليها أمامها، لا يجوز أن ينظر إليه بوصفه تعبيراً من جهتها عن احتقارها لسلطة أخرى توازيها وتساويها، إلا إذا كان هذا الحكم منطقياً على اختصاصها لسلطة لا تملكها في إطار وظيفتها القضائية.

رابعاً: لأن صرح القول بأن المسائل السياسية لا يحيطها معيار علم ينظم كل تطبيقاتها، وأنها تخرج بطبيعتها عن الولاية القضائية؛ إلا أن مفهوم المسائل السياسية، ظل دائراً بين أكثر من تصور:

\* نظرة تقليدية CLASSICAL VIEW تخول جهة الرقابة القضائية حق الفصل فسي للمسائل الدستورية جميعها عدا ما يدخل منها -وفقاً لتفسيرها هي للدستور- في إطار الاختصاص المنفرد للسلطة التشريعية أو التنفيذية.

\* ونظرة تحوطية PRUDENTIAL VIEW قولها أن تنتظر جهة الرقابة القضائية إلى المسائل السياسية باعتبارها وسائل تجنبها الفصل في المسائل الدستورية المعروضة عليها، كلما كان خوضها في موضوعها، منتهيا إلى تفويض سلطاتها، أو إلى وقوعها في صراع مع السلطتين التشريعية والتنفيذية لا تؤمن عواقبها، أو حملها على اللجوء إلى حلول وسط تتلخص قواعد سابقة قررتها.

\* ونظرة وظيفية FUNCTIONAL APPROACH منطلها تقييم جهة الرقابة للعوائق التي تواجهها في مجال مباشرتها لوظيفتها القضائية، ويندرج تحتها:

أ- ألا تتوافر لديها موازين تقييم المسائل الدستورية المطروحة عليها، وضوابط الفصل فيها، وما يتصل بها من الحقائق المحايدة<sup>(١)</sup>.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا -في مجال فصلها في دستورية قانون تضمن تكريما لبعض قادة حرب أكتوبر، من دون المدعى في الدعوى الدستورية- بأن تقييم أعمال هؤلاء القادة، وعلى ضوء قدر إسهامهم في الأعمال الحربية، ويلائهم في تحقيق نتائجها، هي التي تحد بصورة موضوعية، من يكون من بينهم أحق من غيره بالتقدير، أو تماثلا مع غيره في مركزه القانوني.

ومن ثم يفترض هذا التقييم، أن يكون دائرا -ابتداء وانتهاء- حول الأعمال الحربية، متضمنا تحليلها وتقديرها لناصرها، مستغرقا كل تفصيلاتها، محيطا بها في دقائقها، مقابلا بين بعضها البعض، ولزنا بالقياس أداء قادتها جميعهم، منتهيا إلى ترتيبهم فيما بينهم على ضوء معايير منطقية ترجح بعضهم على بعض؛ وهو ما يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا<sup>(٢)</sup>.

ب- أن يكون الدستور قد نظر إلى بعض المسائل باعتبار أن صوتا واحدا ينبغي أن يسميها عليها، فلا تتفرق الآراء من حولها، كإدارة رئيس الجمهورية للشؤون الخارجية، وقراره بالتصديق على معاهدة دولية، أو إنهاء العمل بها بعد الدخول فيها.

(١) JEROME A.BARRON-C. THOMAS DIENES-Constitutional Law,1991, pp. 47-53.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥- انقاء: ر.س ٣٩ ص ٥٧.

وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وهذه النظرة الوظيفية هي التي يجب الوقوف عندها. فلا ننظر إلى الصفة السياسية لبعض المسائل باعتبارها كامنة فيها لا تنفصل عنها. ذلك أن المسائل السياسية التي يخرج الفصل فيها من ولاية جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تحمل في أعطافها نكونا ثابتا ونهائيا. ولكن مضمونها قابل للتغيير بناء على عوامل متعددة يندرج عنصر الزمن تحتها<sup>(١)</sup>.

ويتعين بالتالي أن نتعامل معها جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية على ضوء نظرة ضيقة ومزمنة، لضمان أن يكون الخضوع للقانون قاعدة تحيط بأعمال السلطة التشريعية والتنفيذية جميعها، عدا ما يكون منها مستعصبا بطبيعته على الرقابة القضائية، أو مجاوزاً حدود الوظيفة القضائية.

### (٨)

#### حقوق الفرد وحياته في مواجهة السلطة

٢٧- كان الأفراد عملاً، وطوال فترة تطور الجماعة الدولية من ١٦٤٨ - ١٩١٨ خاضعين للسلطة النهائية للدولة. ولم يكن القانون الدولي يأخذ الأفراد في اعتباره إلا بوصفهم من رعايا الدولة التي تظلم بحمايتهم. فلا تحظى مصالحهم في الدول الأجنبية بحماية من دولهم، إلا من خلال الحماية الدبلوماسية التي توفرها لهم.

وإذا كان الأفراد خلال هذه المرحلة من تطور القانون الدولي، قد لعبوا دوراً ما على صعيد العلاقات الدولية، لذلك لأهم يفيدون من معاهدة دولية تتعلق بالتجارة، أو بالملاحة، أو بأوضاع معاملتهم في الدول الأجنبية، أو بوصفهم نقطة البداية التي تحيل دولهم إليها في مجال اقتضاها قانوناً للحقوق التي يطلبونها، في مواجهة أضرار أصابتهم من الدول الأجنبية التي يقيمون أو يعملون فيها.

ثم وقع بعد هذه الفترة، تطور محمود عن طريق تحويل كل منظمة نقابية حق للنفاذ عن مصالح عمالها ولرعايهم التي تحميها منظمة العمل الدولية.

(١) ودليل ذلك أن سلطة المشرع في تقسيم الدوائر الانتخابية، كانت تعتبر في الولايات المتحدة الأمريكية من المسائل

السياسية. ثم عدلت المحكمة العليا عن ذلك في قضية Baker V. Carr.

أنظر في المسائل السياسية ص ٩٠ إلى ١٠٧ من الطبعة الثانية من مؤلف Laurence H. Tribe

وعنوانه:

American Constitutional law.

كذلك كان ممثلي كل أقلية عرقية أو لغوية أو دينية حق الدفاع عن مصالحها قبل الدول التي نضمتها، إخلالاً منها بالتزاماتها الواردة في معاهدتها الدولية.

غير أن استعمال المنظمة الدولية أو الأقلية العرقية أو الدينية أو اللغوية للحقوق المخولة لها، كان منحصراً عملاً في حدود ضيقة.

ثم تصاعد الاهتمام بعد الحرب العالمية الثانية بالحماية الدولية لحقوق الأفراد بوصفهم كذلك. إذ لم تعد هذه الحماية مقررّة للفرد باعتباره عضواً في منظمة وطنية عمالية أو غيرها، وإنما باعتباره إنساناً وكانها فرداً *En tant qu'être humain individuel*.

وحدث هذا التطور العام، إزاء إيمان الدول المنتصرة في هذه الحرب، بأن النازية والأتقراطية قد انبعثتا عن فلسفة تدّين باحترار الإنسان، وتنتظر إليه بوصفه مجرداً من كل احترام، ولأن كرامته غير شيء.

وكان على هذه الدول، أن تعمل على إجهاض كل احتمال لعودة هذه الشرور من جديد، وأن تكون وسيلة إلى دفعها، هي إصدار إعلان يتضمن القواعد الأساسية التي تكفل لكل إنسان آدميته واحترامه.

وكانت الدول الغربية التي تنضمها الولايات المتحدة الأمريكية، من أكثر المدافعين عن هذا الاتجاه بالنظر إلى أن فلسفتها في مفهومها للشمول، وكذلك ديمقراطيتها الوطنية، أساسها أن للإنسان حقوقاً ينبغي إعلانها في وثائق للحقوق تضمنها وتكرسها. *Declarations des droits* وكان منطقياً بالتالي أن تنقل الدفاع عن معتقداتها من النطاق الداخلي إلى القانون الدولي.

وسعى الاتحاد السوفيتي من جهته ليقاسم الدول الغربية اهتماماتها في مجال حقوق الإنسان، مما أسفر في النهاية عن ميثاق منظمة الأمم المتحدة مؤكداً ضرورة صون هذه الحقوق، وعلى أن تعمل الدول على ضمانها من خلال معاهدتها الدولية التي تبرمها بوجه خاص لتأمين كرامته.

٢٨- وفي إطار هذا التطور، بلغ الاهتمام بحقوق الإنسان حداً كبيراً تمثل في الحيد من المبادئ التي تبنتها الدول فيما بينها، سواء على الصعيد الدولي أو على نطاق تجمعاتها الإقليمية؛

فعلى الصعيد الدولي، ووفقا للمادة الأولى من البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية -والذى اعتمد وعرض للتوقيع والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر فى ١٦/١٢/١٩٦٦- صار لكل فرد مضمولا بولاية إحدى الدول المعترفة طرفا فى هذا العهد، وفى البروتوكول الاختياري الملحق به، أن يقدم إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المشار إليها فى المادة ٢٨ من ذلك العهد، رسالة يدعى فيها إخلال هذه الدول بأحد الحقوق التى ضمنها العهد المذكور.

وعلا بالمادة الثالثة من البروتوكول، على اللجنة أن تحيل إلى الدولة المعنية الرسالة المقدمة ضدها، كى تكلّى بإيضاحتها وبياناتها فى شأنها، مع الإشارة إلى أية تدابير تكون قد اتخذتها فى شأن الحق أو الحرية المدعى إخلالها بها.

وعلى ضوء المادتين ٥، ٦ من البروتوكول، تنتظر اللجنة فى الرسائل المقدمة إليها وتقوم بدراستها، وتضمن ما تنتهى إليه فى شأنها، تقريرها السنوى عن أعمالها الذى تقدمه إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، عن طريق المجلس الاقتصادى والاجتماعى.

ومثل هذا التنظيم نراه فى المادة ١٤ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصرى التى اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق فى ٢١/١٢/١٩٦٥.

كذلك تضمن لقرار الصادر عن المجلس الاقتصادى والاجتماعى للأمم المتحدة فى عامى ١٩٦٧ و ١٩٧٠<sup>(١)</sup> تنظيما لإجراء يتوخى فحص الرسائل التى يقدمها أفراد يدعون وقوعهم ضحايا لإخلال جسيم بحقوق الإنسان.

٢٩- وإذا كان ما تقدم يمثل بعض ملامح التطور على الصعيد الدولي لحقوق الفرد فى مواجهة الدول التى تخل بحقوقه وحرياته؛ فإن تطورا مماثلا، وربما أبعد فى مداه، تحقق كذلك على صعيد الدول الأوربية فى تجمعاتها التى تجاوزت حدود أقاليمها Regionaux.

فالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان [١٩٥٠] تقم للفرد نظاما معقدا ومتقدما لصون حقوقه. ذلك أن المادة ٢٥ منها تخول للجنة الأوربية لحقوق الإنسان، حق النظر فى كل طلب يقدم إلى الأُميسن

(١) Resolution 1235 (XLII) 1967. Resolution 1503 (XLVIII) 1970

العام لمجلس أوروبا من قبل شخص طبيعي، أو منظمة غير حكومية، أو مجموع من الأشخاص يدعون أنهم ضحايا إخلال إحدى الدول المتعاقدة، بالحقائق المنصوص عليها في الاتفاقية.

ولكل من قدم طلباً من هذا القبيل إلى هذه اللجنة، أن يمثل في مختلف المراحل الإجرائية لنظره، وأن يظهر كذلك أمام المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان عدد الفصول في الحقوق لتتسبب بدعوى

وهذه القاعدة ذاتها، هي التي نراها كذلك في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان إسان خمسينه في ١١/٢٢/١٩٦٩].

ذلك أن المادة ٤٤ منها، تخول كل شخص، وكذلك كل مجموع من الأشخاص، فضلاً عن كل منظمة غير حكومية يكون معترفاً بها قانوناً في دولة أو أكثر من الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية، أن يوجه إلى اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان المشار إليها في المادة ٣٣، عريضة أو شكوى تفيد تضرره من كل خرق لهذه الاتفاقية يصدر عن إحدى الدول أطرافها.

٣٠- بيد أن التنظيم الدولي لحقوق الأفراد في مواجهة إخلال دولهم بها، رغم طبيعتها الإنسانية، يظل محدوداً في أهميته بالنظر إلى القواعد الضابطة لهذا التنظيم، وأهمها:

أولاً: أن الأفراد لا يستمدون حقهم في رد إخلال دولهم بالحقوق التي كفلتها للمواثيق الدولية، إلا من خلال معاهدة دولية تكون هذه الدول أطرافاً فيها، وبمراعاة أحكامها التي يفيدون منها، وعن طريق طلب يقدمونه إلى الجهة التي عينتها المعاهدة.

وهم كذلك لا يملكون تنفيذ القرار الصادر من هذه الجهة في شأن طلباتهم، بل يعود تنفيذ إلسى حسن نوايا دولهم وإرادتها، وليس بوسعهم متابعة إجراءاته قبل الفصل فيه. والاستثناء الواضح من أحكام المتقدمة، تبلوره الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.

ثانياً: أن التنظيم الإجرائي للفصل في طلباتهم، لا يتم إلا وفقاً لمعاهدة دولية، أو بناء على قرار صادر عن منظمة دولية، يتضمن بياناً واضحاً بالمسائل التي يجوز للتنظيم منها. ولا تقبل الدول عادة رفءى الأعم من الأحوال- إثارة مسؤوليتها الدولية أو تحريكها من خلال تنظم يقدمه الأفراد المضطرون من إخلالها بحقوق الإنسان التي كفلتها للمواثيق الدولية.

ولمواجهة هذه الصعوبة، فإن المعاهدة الدولية تتضمن أحياناً شرط تخويل منظمة دولية، حق النظر فى إخلال الدول أطرافها بحقوق الأفراد الأساسية. ولا يعتبر هذا الشرط نافذاً فى مواجهة هذه الدول، إلا بموافقتها.

ثالثاً: أن التنظيم الإجرائى المقرر فى المعاهدة الدولية، يتمحض عن نوع من الرقابة على أعمال تأتيها الدول أطرافها. ولا يعتبر فصلاً قضائياً فى خصوصية يدعى فيها أحد الأفراد الإخلال بالحق أو الحرية التى يطلبها.

كذلك فإن للقرار الصادر فى هذا التظلم، لا يعتبر قراراً قضائياً قابلاً للتنفيذ بالقوة الجبرية، بل توصية صادرة عن المنظمة الدولية المعهود إليها بفحص التظلم.

وهو ما يبنى أن الأفراد لا يحصلون على حقوقهم التى يدعون إخلال دولهم بها، إلا بموافقة دولهم هذه على الخضوع لتنظيم إجرائى دولى فى شأن انتهاكاتها لحقوق الإنسان وهى بعد موافقة يجوز لها الرجوع فيها، بما ينهى دور المنظمة الدولية التى كان الاختصاص معهوداً إليها بالنظر فيها.

ولا يجوز على ضوء هذه المآخذ، أن نغالى فى دور الأفراد فى مجال الحصول على الترضية المناسبة لحقوقهم الأساسية التى وقع الإخلال بها من قبل دولهم.

إذ ليس سهلاً على الدول أن تتخلى عن بعض امتيازاتها السيادية، وعلى الأخص ما يتصل منها بالسلطة الكاملة التى تباشرها على الأفراد للخاضعين لولايتها، وإن جاز القول بأن قبولهم لتنظيم إجرائى دولى ينظر فى إخلالها بحقوق مواطنيها، يمثل خطوة هامة، وإن كانت محدودة. ذلك أن الأسرة الدولية فى تكوينها الراهن تحدد السلطة القطبية بيد الدول وحدها. ولا تأذن الدول بمثل هذا التنظيم إلا بقدر تسمحها.

كذلك فإن الدول هى التى تنشئ المنظمة الدولية التى يقدم إليها الأفراد ملتمسهم، وهى التى تعتمد القواعد التى تحكم نشاطها، بما يجعل للمنظمة الدولية واحدة من أدواتها التى تعينها على تحقيق مهام تبتغيها.

وهو ما يعنى اشتقاق المنظمة الدولية، لاختصاصياتها من الدول التى أنشأتها، ومن المعاهدة الدولية التى تعتبر مصدرا لوجودها<sup>(١)</sup>.

٣١- على أن تكلمى قيم الحرية والعدل فى مواجهة السيطرة والتسلط، كان لها دور كبير فى تحقيق مفاهيم أفضل لصون إنسانية الفرد، وتخليصه من استغلال السلطة الاستعمارية لمصادر الثروة فى بلده، وعصفها بحريته وكرامته، وغيرها من مظاهر آدميته.

ولقد كان التحرر من ربة هذه السلطة فى كثير من الدول النامية، المقدمة الطبيعية لمواجهتها صور القهر على اختلافها، ولوجود كيان مستقل لشعوب تريد أن تحظى بشار استقلالها، وبملاك دولة تتكافأ فيها مع غيرها، وبمراعاة أن كل جماعة لا تعتبر بالضرورة شعبا يملك حق تقرير مصيره<sup>(٢)</sup>.

Une Certain population ne constituait pas un peuple pouvant pretendre à disposer de lui-meme.

وكان مما عزز حقوق الإنسان وكفل دعائم أكبر لضماتها، اتصال الدول فيما بينها وعزمها على تبادل صور من التعايش تتوافق فيها مصالحها وشعوبها مع بعضها، وتتجاسر توجهاتهم الإنسانية.

وفى إطار هذا الاتجاه - قد بدأ وبدأ، ثم تصاعد فى درجته - أن صار للشعوب تلك الحقوق التى لا يجوز النزول عنها ولا التفرط فيها، والتى تتكافأ فيما بينها فى مجال الانتفاع بها مع تقيد الدول جميعها باحترامها. ولا يجوز بالتالى التمييز بين شعوب قديمة، وشعوب جديدة؛ ولا بين شعوب تتكامل عناصر وجودها، ولغوى لا تزال فى دور التكوين؛ ولا بين حقوق كانت تحجبها عنها السلطة الاستعمارية، وبين حقوق يملؤها التمييز عنصريا بين أجناسها<sup>(٣)</sup>.

(١) Antonio Cassese "les Individus", Droit International [Bilan et Perspectives], Tome 1, 1991, pp. 119-127.

(٢) Cour International de Justice, Recueil. 1975., p. 33.

(٣) Raymand Kanjeva, les peuples et les mouvements de liberation nationale, Droit International [Bilan et perspectives] Tome 1, 1991, pp 108-118

٣٢- وإذا كان القانون الدولي قد ظل حتى الوقت الحاضر قانوناً منظماً للعلاقات بين الدول، مبيناً حدود اختصاصاتها؛ إلا أن هذا القانون صار يوجه عناية أكبر للأعمال التي تلتقيها الدول في مواجهة الأفراد المشمولين بولايتها، سواء تعلق الأمر بغير مواطنيها وضرورة تأمين أشخاصهم وصون أموالهم؛ أو بمواطنيها، أو بمجموع من الأشخاص كقضية عرقية مثلاً؛ أو بالحقوق الفردية والجماعية لكل إنسان، ويوصفه كذلك.

وكانت نقطة البداية في هذا التطور الإيجابي هي الإيمان بحق تقرير المصير لكل الشعوب.

وهو مبدأ لبني عليه أن الدول التي كان القانون الدولي ينظر إليها دائماً باعتبارها أشخاص هذا القانون، هي في حقيقتها مجموع من الناس غايتها خدمتهم، والعمل على ضمان سعادتهم، وأن الجماعة الدولية هي وعاء شعوب تجمعها الصفة الإنسانية، وعليها بالتالي أن توفر لها الأمن وسبل الحماية التي تكفل ضمان مصالحها الحيوية، وأن تعمل بكل وسائلها على إجهاد قاعدة السلطة المطلقة التي تقرضها الدول على رعاياها، وإبدالها بقاعدة للتكافؤ في الأسلحة بين الفرد والجماعة التي يعتبر عضواً فيها.

(٩)

#### تكوين حقوق الإنسان

٣٣- بل إن حقوق الإنسان التي كان ينظر إليها باعتبارها من الشؤون الداخلية للدول، قادتها ثورة تتوخى تكوينها<sup>(١)</sup> Internationalisation du statut Juridique de l'être humain وهي ثورة كانت بدايتها فيما بين الحربين العالميتين، ثم صارت معلماً بارزاً فيما بعدهما بعد عدوان النازية والفائتة على الحقوق الأولية للإنسان.

إلا أن هذه الثورة لم تبلغ غايتها بالرغم من إيمانها بقيمة الفرد، وسعيها لضمان سعادته، ونظراً إلى إنسانيته باعتبارها معقد الأمر فيه. ذلك أن إنسانية الفرد لم تصل إلى حد تأكيد حقوق يخصص بها ويتلقاها مباشرة من قواعد القانون الدولي Destinataires directs des normes de droit international، وإن جاز القول بأن هذا القانون يتطور بصورة مطردة في اتجاه التحول إلى قانون عالمي للإنسان والشعوب، وهو ما تمثل بوجه خاص في الجيل الأول لحقوق الإنسان التي تضمنها

(١) في عام ١٩٩٢ أصدر معهد القانون الدولي إعلاناً في شأن الحقوق الدولية للإنسان، وبمقتضاه يقف الفرد جنباً إلى جنب مع الدولة بوصفها من أشخاص القانون الدولي.

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تحرر بها الفرد من القيود غير المبررة على حريته الشخصية؛ وفي الجيل الثاني لهذه الحقوق التي نص عليها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنتم خصائصها بأنها من طبيعة جماعية باعتبارها مبلورة حقوق الأسرة البشرية على تباين مقاصد أعضائها وتوجهاتهم.

بل إن الجيل الثالث لحقوق الإنسان، التي يمثلها الحق في البيئة وفي إقرار السلم، وفي وجود نمة مالية مشتركة للإنسانية، زاد من ثراء قواعد القانون الدولي من خلال اتساع دائرة تطبيقها.

ويظل لهذه الحقوق جميعها -على تباينها- أغراضها النهائية التي تتحدد وفق مجموعة من القيم الإنسانية التي لا يجوز تجاهلها، والتي يندرج تحتها أن النزاع إذا كان مسلحاً -وسواء كان هذا النزاع داخلياً أو خارجياً- ينبغي أن يحاط بالقيم السائدة عند حدوثه، ولو كان بعضها أو جميعها يناقض فيما تبلتها عهود سابقة. ذلك أن ما كان متولفاً لكل فرد في مواجهة هذا النزاع من وسائل الحماية، قد يظهر قاصراً عن أن يوفر لهذه الحماية أسبابها أمام تقدم فنون القتال وتعقد أدواتها وتعظيم مخاطرها، فلا يكون الإصرار على الوسائل القديمة، إلا تجاهلاً لحقيقة التطور في محيطها.

كذلك فإن فوارق الثروة بين الدول الغنية والفقيرة، وما نشأ عنها من خلل في مجال تكافؤها واقعياً في مظاهر السيادة التي تباشرها، دعا الدول الفقيرة إلى أن تؤكد سيطرتها على مصادر الثروة في أقاليمها، وأن تعمل على تطوير مظاهر الحياة من خلال طلبها استثمار طاقاتها بكل عناصرها، ومن بينها أن صون التوازن الأيكولوجي في بقاع الأرض جميعها، يعتبر شرطاً أولياً لضمان تقدمها؛ وأن نبذها لكل صور الصراع فيما بينها، يحفز قدراتها على التعايش في سلام، ويشكل إطاراً صحياً لحركتها؛ وأن التنمية بكل روافدها، تعد طريقاً وحيداً لتسخير مواردها وفق أولوياتها، وفي إطار من نقل التكنولوجيا المتطورة وتعليمها.

(١٠)

### أثر وثائق إعلان حقوق الإنسان على تطورها

٣٤- تلك ملامح بعض مظاهر التطور في الجماعة الدولية. بيد أن لوضوحها وأعنفها أثراً على الصعيد الداخلي، تمثل في وثائق إعلان الحقوق التي يتسم هذا العصر بذبوعها بين أقوام يختلفون فيما بينهم ثقافة وديانة ولغة وتاريخاً، وإيمانهم بأن لهذه الوثائق حرمتها، وأنها بمضمونها قيد على الأنواع المختلفة التي تباشر السلطة بكل مظاهرها، فلا تكون حركتها إلا من أجل العمل على

تحقيقها، خاصة وأن إعلان هذه الوثائق، لفتنر إما بإدراجها في الدستور، أو بتقريرها استقلالا عن نصوصه، مع تمتعها بقوة النصوص الدستورية ذاتها.

ولم تكن هذه الوثائق تمثل خطوة بطيئة أو مترددة في مجتمعاتها، بل انقلابا على أوضاع قائمة فيها، وتغييراً عميقاً في مكوناتها، بما يجعل ضماناتها بديلاً عن آراء وأفكار تطلق السلطة من عقلاها، وتحررها من كوابحها؛ واختياراً يناقض ديموقراطية الصفوة؛ وديكتاتورية للبروليتاريا؛ ويجهض سياسة الإملاء والاحتواء والإغواء، التي تفرضها السلطة بقوتها، وبالأموال التي تشمل بها - من يعارضونها؛ فلا ترجح المصالح الضيقة، أملاً عريضة متدفقة، بما ينال من حكم القانون.

وقد دل إطراد العمل بوثق الحقوق في إطار القيم التي تحتضنها، على معارضتها أفكاراً عتيقة بالية، كذلك التي تجعل البرلمان محورا للسلطة بكل أشكالها يمارسها دون قيد عليها.

كذلك كان من شأن هذه الوثائق إعلاء مفاهيم جديدة لا تسمو بها السلطة على مواطنيها، بل ترعى مصالحهم كضمان لمشروعية وجودها، مما هيأ لقاعدة الخضوع للقانون أسسها، وأكد ضرورتها.

بيد أن أكثر ما كان يروع المواطنين ويثير قلقهم، أن وثائق إعلان الحقوق لا تكفل بذاتها ضمان حقوق الفرد وحياته؛ وأن انتزاعهم حقوق السيادة بأيديهم، لا يكون إلا بتكلفة باهظة؛ وعبر مخاطرة متوقعة؛ وأن حقائق التاريخ كثيرا ما تعيد نفسها، فلا تكون الحرية بأمين من عدوان السلطة عليها، خاصة وأن تقويم اعوجاجها وإن كان مطلوباً، إلا أن جهد السلطة القضائية في ذلك، كان أقل من أن يكون كافياً بالنظر إلى أن محاسبتها عن أخطائها، قلما تثار عملاً.

وشاع بالتالي تصور القانون باعتباره غريباً عن كثرة الناس وعلمتهم، قريباً من خاصتهم وأصفيائهم الذين يطوعون القانون لإرادتهم، فلا يكون عصياً عليها، أو حائلاً دون تحقيقها.

بل إن الناس في عمومهم قلما يفهمون القانون، وفرصتهم في الإسهام في الحياة السياسية تتضاءل يوماً بعد يوم، واختيارهم للحكومة التي تمثلهم لاختياراً حراً، كثيراً ما يكون سراباً. ولم يعد أمامهم من ضمان لإرساء الديموقراطية وتصيقها، غير الإصرار عليها قبولاً ببعثاتها، حتى لا تنقضها سلطة أيا كان وزنها أو توجهاتها.

٣٥- كذلك كان لبعض الفقهاء دور كبير في مجال تقليص الاهتمام بوثائق إعلان الحقوق التي نظروا إليها باعتبارها مجردة من كل قيمة قانونية<sup>(١)</sup> ولأنها في حقيقتها لا تريد عن مجرد إعلان اللوائح Declarations D'intentions أو محض أفكار فلسفية أو خلقية تنسم بالتعميم، ويعبراتها الجوفاء، بما يجعلها قريبة من النصوص الأدبية، ويحدها عن القواعد القانونية.

وهم يقولون كذلك بأنه حتى بافتراض استقلال وثائق إعلان الحقوق عن الدساتير ذاتها بما يقيم لها وجودا منفصلا عنها، إلا أن هذه الوثائق جميعها تحيل إلى القانون لتطبيق أحكامها، فلا يكون لهذه الحقوق من نفاذ بغير قانون يصدر عن السلطة التشريعية.

وفيما وراء هذا القانون، فإن وثائق إعلان الحقوق تنسم بطبيعتها الفلسفية المجردة من القيمة القانونية<sup>(٢)</sup>.

٣٦- على أن الإيمان بوثائق إعلان الحقوق، ويدورها في بناء مجتمعاتها، ظل عميقا عند المدافعين عنها<sup>(٣)</sup>، خاصة وأن هذه الوثائق تصدر في الأعم عن السلطة ذاتها التي تؤسس الدستور، فتكون لها قيمة نصوصه، وذلك سواء نظرنا إلى هذه الوثائق بوصفها تعبيراً عن علاقة بين الفرد والجماعة بما ينفي طبيعتها الفردية، لم كان تعيينها لها من منظور أغراضها التي تؤكد بصورة جازمة أن للبشر حقوقاً طبيعية يطمونها ولا يقبلون النزول عنها، وأنهم يتلقونها -لا من الجماعة التي يعاشونها- بل من الطبيعة ذاتها، وأن دائرة تطبيقها لا تنحصر في الجهة التي يوجد الفرد في نطاقها، ولكنها تمتد إلى الأفراد جميعهم، وعلى امتداد موانع بلدانهم، وفي الأزمان جميعها، بما يبلور عالميتها Universalité خاصة وأن الذين صاغوا وثائق إعلان الحقوق، لا يؤكدون بها غير حقوق قائمة من قبل، استقلالا عن إرادتهم.

ولم يكن دورهم بشأنها خلقاً لها، بل مقصورا على مجرد تكوينها، لتقرض نفسها على السلطة التشريعية فيما يصدر عنها من القوانين.

(١) R.Carré De Malberg, Contribution à la theorie generale de L'Etat, Sirey, II, p. 580; A Eismein, Elements de droit Constitutionnel, Sirey, I, p.601.

(٢) Domonique Rousseau, Droit du Contentieux Constitutionnel, 4 Edition, p.92

(٣) M. Hauriou, Precis de droit Constitutionnel, Sirey, p. 618. ; L. Duguit, Traité de droit constitutional, Paris, II, p.184.

وظل أمر القيمة القانونية لوثائق إعلان الحقوق مختلفا عليه، حتى بين القضاة أنفسهم فيما يعرض عليهم من القضايا.

وكان خلافهم في شأن هذه الوثائق، لا ينطق بميلانها الغامضة صياغتها، العvisية معانيها على التحديد، والمتنافرة في خصائصها مع القواعد القانونية التي لا يستقيم تطبيقها إلا بشرط وضوحها وضبط ألفاظها؛ وإنما دار خلافهم حول ما إذا كان لجاراتها الجلية معانيها، المحددة ملامحها، قيمة دستورية<sup>(١)</sup>.

ذلك أنه حتى بعد تسليم المحاكم للقضائية بالقيمة القانونية لوثائق إعلان الحقوق إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ظل مترددا في إسباغ هذه القيمة عليها حتى نهاية ١٩٥٠ حين أقر بوضوح بأن لديباجة دستور ١٩٦٤، وإعلان الحقوق الصادر في ١٧٨٩/٨/٢٢<sup>(٢)</sup> قيمة قانونية لا يجوز أن ينقضها عمل قانوني، إلا إذا كان صادرا عن السلطة التشريعية، أو عن السلطة التنفيذية في حدود القانون<sup>(٣)</sup>. وهو ما دل على أن وثائق إعلان الحقوق لم تكن لها حتى بعد التسليم بأهميتها، لا قيمة دستورية، ولا قيمة للسفوية، بل محض قيمة قانونية غير محددة طبيعتها. ولم يكن ذلك تقصيرا من القضاة، ولا تنصلا منهم من ولجبتهم، وإنما لأن المحيط السياسي من حولهم، أعجزهم عن إسباغ قيمة دستورية عليها.

(١) ومعنى ذلك أن الحقوق الواردة في الإعلان، والتي تقسم عوارثها بغموضها، لا تكون لها أية قيمة قانونية، ولا يجوز معاملتها كلقواعد القانونية.  
(٢) ألحق هذا الإعلان بدستور (١٧٩١/٩/٣).

(٣) C.E.11 Juil. 1956, Amicables des Annamités de Paris R.p317.

انظر كذلك:

Maxime Letourneur "L'etendu du Contrôle de Juge de l'excès de pouvoir"

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي، ولفترة طويلة، اعتبار القواعد الواضحة في إعلان الحقوق، من قبيل القواعد القانونية التي يجوز تطبيقها وتقرير جراء على مخالفتها، مفضلا حمل قضائه في مجال الرقابة التي يباشرها على أصال الإدارة، على المبادئ العامة للقانون Les Principes Generaux du Droit.

(١١)

تعميق وسائل الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٣٧- ومع تغيير الأوضاع السياسية التي كان القضاء يعيشونها، من خلال تعميق الدعوة إلى تقرير وسائل للرقابة القضائية على دستورية القوانين، كانت ثمرتها الختامية إنشاء المجلس الدستوري الفرنسي، استطاع هذا المجلس أن يقدم موازين جديدة لهذه الرقابة عن طريق تنوع أدواتها.

ومن ثم قرر في ١٦/٧/١٩٧١ معاملة بدياجة دستور ١٩٤٦ باعتبار أن لها قيمة دستورية<sup>(١)</sup>، وأن يضاف بقرره في ٢٧/١٢/١٩٧٣ هذه القيمة ذاتها على إعلان ١٧٨٩<sup>(٢)</sup>. وأن يعامل كذلك بقراره الصادر في ١٥/١/١٩٧٥- كل النصوص التي تحيل إليها بدياجة دستور ١٩٥٨ باعتبار أن لها قيمة دستورية<sup>(٣)</sup>.

ولم تعد النصوص التي يحتكم إليها المجلس الدستوري الفرنسي للفصل في دستورية القوانين Textes de Référence، مقصورة بالتالي على نصوص دستور ١٩٥٨؛ وإنما جاوزتها إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩؛ وإلى المبادئ الجوهرية التي تضمنتها القوانين المعمول بها في الجمهورية Les Principes Fondamentaux reconnus par les lois de la Republic، وكذلك إلى ما ورد ببدياجة دستور ١٩٤٦ من مبادئ أساسية سياسية واجتماعية واقتصادية تتوافق مضامينها مع حقائق العصر.

ومن مجموع هذه النصوص والمبادئ التي يسميها الفقهاء برزمة أو بكتلة الدستورية Bloc de Constitutionnalité، تتحدد للرقابة على الدستورية، مرجعيتها. وبها تنقيد السلطة التشريعية فيما تقره من القوانين لتنوع بذلك مصادر الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، بما يتيح لها -في إطار هذا التنوع- مواجهة أشكال مختلفة من صور العوار التي قد تشوب النصوص القانونية.

فلا يكون تعدد مصادر هذه الرقابة، إلا كافلا لتفوق عطائها، واتساع فرص توقيف النصوص القانونية المخالفة للشرعية الدستورية، بما يرد السلطة التشريعية عن انحراقها المحتمل، ويحفظها على

(١) C.C. 71 - 44 D.C., 16 Juil. 1971, R.p. 29.

(٢) C.C. 73 - 51 D.C., 27 dec. 1973, R.p. 25.

(٣) C.C. 74-54 D.C., 15 Janv. 1975, R.p. 19.

أن تعمل وفق مداخل توافق بين تشريعاتها ومجموع العناصر التي تشكل رزمة الدستورية. وصار منطقياً بالتالي أن تقرر القيمة الدستورية لديباجة دستور ١٩٥٨، ولكل النصوص التي تحل إليها<sup>(١)</sup>.

٣٨- على أن كثيراً من الدساتير اليوم، تحرص على أن تكون حقوق الفرد وحريته محددة نسبياً في متونها. ومنها ما يحصر حقوق الأفراد وحرياتهم ويحصيها في الدستور، ثم يفتح الطريق لتقرير حقوق أخرى غير التي نص عليها، وذلك من خلال نص عام يعتبر مدخلاً لهذه الحقوق. ومن ذلك ما قضى به التعديل التاسع للدستور الأمريكي من أن النص في هذا الدستور على حقوق بذواتها، لا يجوز أن يفسر على معنى إنكار الحقوق الأخرى التي احتجزها المواطنون لأنفسهم، أو التقليل من قدرها.

The enumeration in the Constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

وفي مصر تفسر المحكمة الدستورية العليا حقوق المواطن وحرياته المنصوص عليها في الدستور الدائم، على ضوء ما يقابلها في المواثيق الدولية، والتي يدرج تحتها بوجه خاص، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨، ووقته مصر.

ذلك إن المحكمة العليا<sup>(٢)</sup> وإن اعتبرته مجرد توصية غير ملزمة ليس لها خصائص المعاهدة الدولية المصادق عليها أو مقوماتها، وأنه حتى لو اتخذ هذا الإعلان شكل معاهدة دولية، فإن تعديل مواده بقانون دخل في يكون جائزاً من الناحية الدستورية<sup>(٣)</sup>؛ إلا أن المحكمة الدستورية العليا التي خلفتها، تنظر إلى المواثيق الدولية - لا باعتبارها جزءاً من الدستور - بل لأن تطبيقها في مجال حقوق الفرد وحرياته الأساسية، يوفر للدولة القانونية خصائصها التي لا يجوز معها أن تنزل في مجال الحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا لمطالباتها في الدول الديمقراطية.

(١) لا تدخل نصوص المعاهدات الدولية، في رزمة الدستورية.

(٢) هي الأسبق وجوداً من المحكمة الدستورية العليا، وقد أقرها المشرع بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، مما أثار شكوكاً خطيرة حول دستورية هذه الرقابة التي كلّفها المشرع لا الدستور. وظل أمر هذه الشكوك محطاً بها، إلى أن صدر الدستور الدائم وقضى في المادة ١٩٢ منه بأن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بشأنها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

(٣) محكمة عليا - الدعوى رقم ٧ لسنة ٢ قضائية عليا - دستورية جلسة أول مارس ١٩٧٥ - قاعدة رقم ٢٣ - من ٢٢٨ من القسم الأول من مجموعة أحكامها وقراراتها.

فلا تدخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في هذه الدول ضماناً أساسية لصون حقوق الفرد وشخصيته المتكاملة، ويدرج تحتها طائفة من الحقوق تعد -بالنظر إلى مكوناتها- وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في المادة ٤١، ومنحها الرعاية الأوفى والأشمل تأكيداً لقيمتها، من بينها أن لكل جريمة عقوبتها، فلا يتحملها إلا من اتين عن الجريمة بوصفه مسئولاً عنها؛ وأن قدر العقوبة أو مبلغها، ينبغي أن يكون مناسباً لخصائص الجريمة ودرجة خطورتها؛ وأن دستورية التجريم ترتبط بضرورته الاجتماعية؛ وأن العقوبة لا يجوز أن تكون مهينة في ذاتها، ولا منافية بقسوتها الحدود المنطقية للضرورة لضبطها؛ ولا منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاز الوسائل القانونية السليمة Due process of law؛ ولا متضمنة معاقبة للشخص أكثر من مرة عن فعل واحد<sup>(١)</sup>.

كذلك تنظر المحكمة الدستورية العليا إلى الحقوق الأساسية للإنسان -لا على أساس ارتباطها بصفة الشخص كمواطن في بلد ما- بل لأن هذه الحقوق مردها إلى الخصائص الجوهرية التي تميز النفس البشرية وتمنحها سماتها<sup>(٢)</sup>، بما يؤكد الطبيعة الشاملة لهذه الحقوق، واتساع نطاق تطبيقها، وتحمي اهتمام الجماعة الدولية حولها، واستعصاء تنظيمها وفق معايير وطنية لا تأخذ في اعتبارها ما طرأ على هذه الحقوق من تطور؛ بما يجعل حمايتها داخلها ودولياً ضرورة يقتضيها ضماناتها حتى يكون وجودها حقيقياً، فلا تمارسها سلطة في حدود غير منطقية؛ ولا تنظمها بما يخل بثوابتها وصحتها محتواها.

٣٩- وعلى ضوء هذه النظرة الشاملة التي تبنتها المحكمة الدستورية العليا في مصر لحقوق الفرد وحياته، كان موقفها من المواثيق الدولية التي تنظمها. لتقيم منها -ومن خلال إحالتها إليها- دعائم لقضائياتها. فلا تبدو حقوق الفرد وحياته -وطناً كان أم أجنبياً- بمعزل عن أفاق أعرض تسعها، وتمهد لبثانها -في مضامينها وغاياتها- مع تلك التي أقرتها الأمم المتحدة في مجتمعاتها،

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٥/٨/٥ -قاعدة رقم ٨ - ص ١٥٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن الحقوق التي استخلصتها المحكمة من حماية الدستور للحرية الشخصية، غير منصوص عليها في الدستور، ذلك أن مبدأ شخصية المسؤولية ومناسبة العقوبة للجريمة موضوعها وشخص مرتكبها؛ وحظر إيقاع عقوبة قاسية أو شاذة أو مهينة؛ وعدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الفعل الواحد؛ وحظر تقييد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة، جميعها مبادئ غير منصوص عليها في الدستور.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٠- من ٢٠٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

حتى تظل القيود عليها، بقدر ضرورتها، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية، فلا يكون تنظيمها أدخل إلى مصادرتها، أو منتهيا إلى الحد منها.

ذلك أن لكل حق أو حرية، دائرة بذاتها هي النواة التي يدور حولها، والتي تتوافق الدول بوجه عام على ترسيم حدودها، فلا يجوز تنظيم الحق أو الحرية إلا فيما وراء حدودها الخارجية؛ وهي بعد دائرة لا يجوز اقتحامها. فإذا انقضض المشرع عليها أو قوض بذياتها، أحوالها ركاباً<sup>(١)</sup>.

كذلك تنظر المحكمة الدستورية العليا إلى ديباجة الدستور القائم -التي تسميها بعض الدساتير العربية <«هالتوطنه»>- باعتبارها جزءاً من الدستور يشكل مع نصوصه كلا غير منقسم، لأنها مدخل إلى محتواها، وتعين على فهم بعض جوانبه، وعلى الأكل فيما ورد بالديباجة من معان واضحة تكون بذاتها كاشفة عن القاعدة القانونية الكامنة وراءها<sup>(٢)</sup>.

(١٢)

#### تحدد مداخل حماية حقوق الإنسان

٤٠- واليوم فإن الحماية الواجبة لحقوق الفرد وحياته لها مداخل متعددة في النطاق الداخلي:

أولها، النموذج الأمريكي. ويتصل في النص على حقوق الأفراد وحياتهم في الدستور ذاته، مع تحويل محكمة عليا المرونة للآزمة والسلطة للكافية التي تحدد بها نطاقها، والأغراض التي توخاها، القيم التي تحتضنها، فلا تكون سلطة التفسير النهائي لنصوص الدستور لجهة غيرها<sup>(٣)</sup>.  
The ultimate interpreter of the Constitution

(١) دستورية عليا القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٤٥- ص ٧٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٣ قضائية دستورية جلسة ٢٠ يونيو ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٧- ص ٣٢٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) Powell V. McCormack, 395 U.S. 486, (1969).

ففي هذه القضية تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، أن مسؤوليتها هي أن تعمل باعتبارها جهة التفسير النهائي لأحكام الدستور.

It is the responsibility of this court to act as the ultimate interpreter of the constitution

وأضعفها، أن تكون الكلمة النهائية أو الرئيسية للبرلمان من خلال السلطة التنفيذية المطلقة التي يملكها في مجال تنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

مثلاً هو الحال في المملكة المتحدة، وإن كان دخولها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، قد جعلها ميثاقاً يملو السلطة التشريعية ويقيدها Une charte supranationale ويلزمها بتنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تطبيقاً لهذه الاتفاقية.

ولأسبغها، تلك النظم التي تزوج في مجال ضمانها لحقوق الفرد وحرياته، بين السيادة البرلمانية والسيادة القضائية. وهو ما عليه الحال في كندا منذ نفاذ ميثاقها في شأن حقوق الأفراد وحرياتهم في ١٧ من أبريل ١٩٨٢. ذلك إن هذا الميثاق يمثل خطوة رئيسية بالغة الأهمية في الحيلة الدستورية في هذا البلد منذ إقرار نظامها الفيدرالي في ١٨٦.

لمن جهة، يقرر هذا الميثاق، أن الحقوق المنصوص عليها فيه، لا يجوز تقييدها بغير قاعدة قانونية، وفي حدود منطقية، ووفق الضوابط التي احتنتها الدول الديمقراطية الحرة.

ومن جهة ثانية، تخول المادة ٣٣ من هذا الميثاق، كلا من البرلمان ومشرع المقاطعة، الحق في أن يصرح في قانون يصدره، بمرسئ أحكام هذا القانون، أو بعضها، دون ما اعكاد بحكم المادة الثانية من الميثاق، أو بالمواد من ٧ إلى ١٥ منه. وهو ما يعنى وقفها خلال المدة التي نص عليها القانون، والتي لا يجوز في أية حال، أن تزيد على خمس سنين اعتباراً من وقت نفاذه.

فإذا لم يكن ثمة تصريح على النحو المتقدم [La clause Dérogatoire (Clause Nonobstant)]، فإن السلطة القضائية تستعيد ولايتها كاملة في مجال التفسير النهائي للدستور والميثاق<sup>(٢)</sup>.

(١) لبعض الوثائق أهمية كبرى في المملكة المتحدة، فلا يجوز الخروج عليها ومن بينها ملقمس الحقوق (Petition of Rights) وكذلك وثيقة السلجان كورتا.

(٢) Gerald. A. Beaudon, La Constitution du Canada, 2e Tirage, révisé, 1991, pp. 631, 788-790.

وبلاحظ أن المادة الثانية من الميثاق التي يجوز وقف العمل بها، تتكلم عن حرية العقيدة وحرية الفكر والاعتقاد وحرية التعبير وحرية الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال، وكذلك الحق في المجتمع وحرية الاجتماع. أما المسواد من ٧ إلى ١٥، فتخص مجموعة من الحقوق، من بينها حق الإنسان في الحياة وفي الحرية، وفي السلامة الشخصية، وفي ألا يحتجز أو يسجن بصورة تصفية أو تحكيمية، وكذلك في تمتعه بالضمانات المنصوص عليها في المادة العاشرة من الميثاق في مواجهة القبض أو الاعتقال.

٤١- ولا تقتنع بعض الدول، في مجال ضماناتها لحقوق الفرد وحرياته، بالنص عليها في الدستور. ولكنها تحول دون تعديل نصوص الدستور التي تكفلها أو تنظمها، لتظل حقوق الفرد وحرياته عصية على كل محاولة لتغيير مضمونها أو إبطالها بغيرها.

ومن هذه الدول جمهورية ألمانيا الاتحادية، التي كفل قانونها الأساسي -هو الدستور المعمول به فيها- السيادة لأحكامها؛ ونص على ضمان الحقوق الفردية استقلالا عن الدولة؛ وإنشأ نظاما يقوم على تقسيم السلطة وتوزيعها؛ وأقام سلطة قضائية لها استقلالها، على رأسها المحكمة الدستورية.

ثم قرن القانون الأساسي<sup>(١)</sup> هذا التنظيم بشرط الدائمة Eternity clause المنصوص عليه في الفترة الثالثة من المادة ٩٧ من هذا القانون، التي تحظر كل تعديل يتناول المبادئ المنصوص عليها في مادتيه الأولى والعشرين، التي تقرر أولاً أن كرامة الفرد لا يجوز انتهاكها؛ وأن على الدولة أن تعمل على احترامها وضمان حمايتها؛ وأن حقوق الإنسان لا يجوز للزول عنها أو الإخلال بها؛ وأن شعبها يقر بضرورتها لكل جماعة، وإرساء السلم والعدل؛ وأن الحقوق الأساسية المنصوص عليها في المواد التالية، تعد كل سلطة بوصفها قانونا نافذا بصورة مباشرة As directly enforceable law.

(١) عمل بالقانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية اعقبها من ٢٣ مايو ١٩٤٩. وقد مسمى كذلك لأن الذين وضعوا هذا القانون، كانوا غير راغبين أن يظلموا وصف الدستور على وثيقة صاغوها لتحكم جزءاً من ألمانيا، ولفترة محدودة تنتهي بالضرورة بتوحيد ألمانيا. وكانت وجهة نظرهم أن القانون الأساسي المذكور ينفذ سريانه اعتباراً من صدور دستور يحكم ألمانيا في جميع أجزائها بعد دمجها ببعض. ولأن هذا الدستور لن يتبدل مجلس برلماني Parliamentary Council مثلما هو الأمر في القانون الأساسي، وإنما توفقه الإرادة الحرة للشعب الألماني في مجموعه. ولكن الذي حدث كان غير ما توقعوه، فقد قبلت ألمانيا الشرقية الاندماج في ألمانيا الغربية (الجزء الغربي من ألمانيا) تحت القانون الأساسي، وهو ما دل على قبول المواطنين في مجموعهم لهذا القانون، حتى بعد توحيد ألمانيا بطريقتها.

ويلاحظ أن القانون الأساسي تضمن تصالحاً بين نزعة تقليدية تحررية من جهة، كان لها أثرها في صياغة هذا الدستور للحق في الحياة وتكامل الإنسان بندين [مادة ٢]، وكذلك الحق في التنقل في المعاملة القانونية [مادة ٣] وعلى مباشرة العقيدة [مادة ٤] وفي حرية التعبير [مادة ٥] وفي ضمان الحق في التجمع وحرية الاجتماع [مادة ٩] وفي حرمة الحياة الخاصة [مادة ١٠] وحرية الانتقال [مادة ١١] والحق في الملكية [مادة ١٤]؛ وبين نزعة اشتراكية من جهة ثانية تبلورها وظيفة الملكية والسيطرة الشمسية على الموارد الاقتصادية؛ ونزعة دينية من جهة ثالثة تعكسها الحماية التي يكفلها الدستور للزواج والأسرة، وحق الآباء في تعليم أبنائهم. وكان من شأن هذا التصالح أن أمن المواطنين بوجه عام، بأن قانونهم الأساسي جماع قيم يرتضونها، ووعاء لحقوقهم وواجباتهم التي ناضلوا من أجلها.

وتتص ثابتيهما على أن جمهورية ألمانيا الاتحادية دولة ديموقراطية، واشتركية فيدرالية، وأن سلطة الدولة -في كل صورها- نابعة من شعبها؛ وأنه يمارسها من خلال حق الاقتراع وحق إختيار ممثليه، وعن طريق سلطة تشريعية تصدر قوانينها بما لا يناقض النظام الدستوري، وسلطتين تنفيذية وقضائية، تتقيدان بالقانون وبالعدالة؛ وأن لكل المواطنين الحق في مقاومة هؤلاء الذين يعمدون إلى إلغاء النظام الدستوري لهذه الجمهورية، إذا تعذر حملهم على التحول عن موقفهم بطريقة أخرى.

تلك هي الأحكام التي حظر القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية تعديلها، وهي تدل على أن كرامة الإنسان هي القيمة الأعلى التي لا يجوز التقيط فيها؛ وأنها للدعامة التي ترتكز عليها كل الحقوق الإنسانية التي يصونها الدستور؛ بل هي نقطة البداية في كل نظام يرعاه.

ومن ثم كان منطقياً أن يكون ضمان حقوق الفرد المترتبة على صون كرامته، كغلا أولويتها على ما عداها، ومؤكداً لأدبتيها من خلال حظر تعديلها، وجاعلاً لكل فرد وقع عدوان من السلطة على حقوقه، حق لنفاذ إلى جهة القضاء العادي للحصول منها على الترضية القضائية الملائمة، ما لم يكن المشرع قد عهد بالفصل فيما قد ينشأ من نزاع بشأنها لجهة غيرها<sup>(١)</sup>.

وهو ما يعنى أن حقوق الفرد وحرياته، لا تعتبر غلية في ذاتها مجردة من الضمانة القضائية التي تحميها. بل تكون هذه الضمانة جزءاً منها.

وما الدولة بكل هيكلها إلا أداة نمج الأفراد في مجتمعها لربطهم بقم أعلى يكون فيها الفرد حراً بشرط إيمانه بأن الحقوق التي ينهى أن يحوزها ليتمتع بها، هي تلك التي تتوافق الجماعة عليها، ويكون اعترافها بها كغلا الخير العام، وهو ما تضمنه الديموقراطية التمثيلية في إطار مسن تقسيم السلطة والفصل بين أفعها<sup>(٢)</sup>.

(١) الفقرة الرابعة من المادة ١٩ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية.

(٢) Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Second Edition, Duke University Press, pp.30-33.

(١٣)

خضوع السلطة للقانونأولاً. مبدأ الخضوع للقانون جوهر على الشرعية الدستورية

٤٢- يبلور مبدأ الخضوع للقانون، جوهر الرقابة على الشرعية الدستورية وأساسها. وهو كذلك ضمان لحمل السلطة أياً كان موقعها، على التقيد بالضوابط التي ألزمها الدستور بها لئلا يمنعها من تعميق امتيازاتها، أو إساءة استخدامها، أو فرضها القيم ترعى بها مصالح محدودة أهميتها، أو إهمالها إرادة مواطنيها أو لمتها، أو تنظيماً لشئونهم بما يروغهم، أو تنكها في مظاهر حياتهم الخاصة، أو انقلابها على حقوقهم وحرياتهم لطمسها، أو قمعها لخصومها لضمان طاعتهم لها.

ولقد كان الصراع من أجل إرساء قاعدة تقييد السلطة، ممثدا حقبا عريضة في أعوار الزمن. وتوخى دوما أن تكون السلطة أفضل في عطائها ومصدقها وحيثها وجانبيتها، وأن يحكمها القانون وحده بالنصوص التي يتضمنها، والتي لا يجوز التحايل عليها سواء لوقفها أو لتجاهلها.

ولتقرن تقييد السلطة في الدول الديمقراطية، بضرورة موازنتها بسلطة تقابلها وتعاادلها، وكان التحوط دائما من السلطة التنفيذية باعتبارها بؤرة القوة، ولأنها تميل عادة من خلال اتساع سلطانها، إلى قهر الآخرين وإنكار حرياتهم.

وصار الخضوع للقانون إطارا ضد صور القهر على اختلافها، وضمانا لتنظيم الحرية بما لا يخل بمضمونها.

بل إن القانون كان يعد باطلا إذا نقض فيما للحد تلوه، أو كان مجافيا للمنطق، أو كان تنفيذه مستحيلا.

وظهر الدستور بالتالي باعتباره قانونا أساسيا مستندا في إعلاء نصوصه على إرادة الجماهير العريضة التي صاغها، فلا تكون المولدة لأية سلطة، بل لهذه الإرادة وحدها، وعنها تستمد السلطة مشروعيتها، وعلى ضوئها تعمل السلطة من أجل ضمان مصالح الجماهير التي فوضتها في تنظيمها.

وإذا كان لقوة السلطة توحشها كحيوان ضار، فإن إفراغ السلطة من عناصرها بأسمها يفقدها فعاليتها.

وصار ضروريا بالتالى ألا تتمحض السلطة عن امتياز للأشخاص الذين يباشرونها، وأن يقتزن إبداع السلطة فى أديهم بتوزيعها، ويمزقتها فى إطار القيود التى تحدد حركتها.

وهى قيود يقتضيها الدستور، وتفرضها جهة الرقابة على الدستورية حتى يكون تقاسم السلطة فعليا، وليس شكلا ظاهريا يدمج أفعها فى بعضها LA-CONFUSION DES POUVOIRS.

ويزيد من خطورة الأمر أن السلطة التشريعية فى كثير من الدول -الغلمية بوجه خاص- لا تباشر رقابتها الفعلية على السلطة للتنفيذية، ولا توازيها فى سطوتها. وصار الأصل هو خضوعها لها بطرائق مختلفة، وإن قارنها حرص السلطة التنفيذية على أن يكون للسلطة التشريعية وجوداً قانونياً، إبقاء على الواجهة الديمقراطية فى ظاهر ثوبها.

#### ثانياً: المفاهيم التى يقوم عليها مبدأ الخضوع للقانون

٤٣- وقد تطور مبدأ الخضوع للقانون إلى أن صار مثلاً أعلى فى إطار نظم ديموقراطية تبلور إرادة مواطنيها من خلال حق الاقتراع، وتمطى أغلبيتهم حق تشكيل هذه النظم، وتكفل لجمعية تسليوهم فى مجال إشرافهم عليها، ومحاسبتهم المسؤولين عن إدارتها، وتمثيلهم فيها تمثيلاً منصفاً، مع تنوع مراكز اتخاذ القرار. وكل الخضوع للقانون بالتالى، تعدد الآراء لا توحدتها، وربط مشروعية السلطة، بتساميها عن أهوائها، وبتماسيحها مع خصومها، وبتبنيها لقيم ديموقراطية بتصدرها أن يكون إسناد السلطة وتوليها وتداولها عملاً تقاضيا حراً وعريضا، وأن يتراحم عليها بالتالى من يريدون الظفر بها، فلا يكون لتناولهم عملية تحكيمية، بل تفضيلاً واعياً بصيراً.

#### ثالثاً: علو القانون على السلطة بكل تنظيماتها

٤٤- وفى إطار هذه المفاهيم، صار لازماً أن يطو القانون على السلطة بكل تنظيماتها، فلا يكون عدولها على حقوق مواطنيها بغير جزاء، ولا مقاومة لتحرفها تمرداً غير مقبول، ولا تنظيمها لشئونهم عملاً قسرياً يحملون عليه حملاً.

ولما ترعى السلطة حدودها لضمان مشروعيته، فلا تكون حركتها بعيداً عن النظم القانونية التى توجهها. بل تعمل فى إطارها وفق قيم الجماعة، وبما يصون مبادئها، ويندرج تحتها ضرورة أن تتوافق هذه النظم مع المستوى باعتباره وثيقة تقدمية، يرتبط إنفاذها بصرامة تطبيقها على ضوء أوضاع متغيرة بطبيعتها.

وتلك مهمة تتولاها المحكمة الدستورية العليا في مصر التي لا يجوز أن يكون موقفها من حماية نصوص الدستور متراجها، بل مؤكدا عزمها على حراستها، ومنبأ عن ردعها لكل صور التحول على كل حق أو حرية كفلها الدستور، فلا تكون رقابتها على الشرعية الدستورية غير إدراك لمطلبتها.

#### رابعاً: شرعية السلطة تفرض تدولها والقبول بها بالطرق الديمقراطية

٥٥- ولا تزال شرعية السلطة بعيدة عن أن تكون إرثاً أو ثعالباً زمنياً متصلة حلقاته إلى ما لا نهاية. وبناها كذلك أن تكون خطوة بائسة في مستنقع أسن.

كذلك فإن انتزاع السلطة بالقوة لا يبرر ممارستها. وفرضها لإرادتها عنوة لا يوثق صلتها بمواطنيها.

وانحيازها لمصالحها الضيقة أو خروجها عن حدود التفويض المخول لها، بقوضها، ويمهد لزلها.

ذلك إن ما يؤسسها ويدعو إلى احترامها، هو القبول العام بها، وما يطورها هو تنظيمها لبيكلها بصورة مفكرة، واحتفالها بأمال مواطنيها وتطلعاتهم.

وصح ما قرره المحكمة الدستورية العليا باطراد في أحكامها من أن مبدأ الخضوع للقانون، هو ركيزة الدولة القانونية وأساس بنيانها، وأن مؤداه أن تنقيد السلطان التنفيذية والتشريعية بالقواعد القانونية التي تلومها، والتي يتحدد مضمونها على ضوء المقاييس التي التزمها الدول الديمقراطية باطراد في مجتمعاتها، واتخذتها طرائق لحياتها، ونهجا لأشكال حركتها، ومظاهر سلوكها.

### خامساً: يحدد الدستور لكل سلطة ولايتها ويوطئها

٤٦- وبدا واضحاً للأذهان أن الدستور وثيقة مدونة تطو بأحكامها على القواعد القانونية جميعها، ولها تحدد لكل سلطة صلاحياتها، وتطوقها في الوقت ذاته *Conferred and circumscribed competence* وأن الأصل هو أن تباشر جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، ولايتها في شأن النصوص القانونية جميعها، وإلا جاز القول بوجود منطلق من الدستور على الجهة القضائية أن تنفض عنها أعبائها.

ومما يميز قاعدة الخضوع للقانون، أن الأصل في الأفرع التي تنقسم السلطة، أنها متكافئة فيما بينها، وأن كلا منها يقوم بوظيفته في الحدود التي نص عليها الدستور؛ فلا يتحمل امتيازاً ثابتاً لفرع آخر؛ ولا يباشر مظاهر سلطته إلا على ضوء ضوابطها، كي يكون خضوعها للقانون، نافياً لحرارتها، حالاً دون تحكمها.

كذلك فإن نزول الدولة -رأبعتها- شخصاً قانونياً- على القواعد المقيدة لسلطانها، يوجد بين الفرقاء داخل الوسط الاجتماعي، ويحول دون تفاقم صور الصراع بين بعضهم البعض، ويكفل شكلاً لمصالحة بينها وبين مواطنيها، وعلى الأقل في مجال دعمها لحقوقهم وحررياتهم والعمل على حمايتهم.

### سادساً: خضوع السلطة للقانون لا ينافي استقرارها

٤٧- كذلك لا يناقض خضوع السلطة للقانون، ولجبا في أن تحفظ وجودها وأن تكفل وحدتها واستقرار نظامها، وأن تحقق للجماعة تماسكها بما يؤكد مفهوم التضامن الاجتماعي بين أبنائها الذين تتصاعد احتياجاتهم باطراد في محيط الجماعة، ووفق قيمها.

شأن خضوع الدولة للقانون، شأن خضوع غيرها من أشخاص القانون لأحكامه، وإلا كان الجزء قرين خروجها على نواحيه وأوامره، مما جعل البعض يقابل بين خضوع الدولة للقانون من جهة، وبين تقييدها لسلطانها بنفسها من خلال القوانين التي تصدر عنها، والتي لا تبلور نزواتها وميلها إلى التسلط من جهة ثانية. *La theorie de l'autolimitation.*

### مابجا: الفصل بين شخصية السلطة والخضوع للقانون

٤٨- ويظل صحيحا قانونا، أن شخصية السلطة من ناحية، وخضوع من يباشرها القانون من جهة ثانية، أمران متقاربان. ذلك أن كل قابض على السلطة، لا يباشرها إلا نيابة عن الجماعة، ولصالحها، وعلى ضوء قيمها<sup>(١)</sup>.

وفي هذه المنطقة تتحقق جهة الرقابة على الدستورية من مباشرة الاختصاص في حدوده بعد تثبيتها من وجوده.

وفي هذا المقام، ينبغي التمييز في مجال تفسير الدستور، بين تفسير نهائي يعتمد لجهة الرقابة للقضائية على الشرعية الدستورية من جهة، وبين تفسير مبدئي تتولاه من جهة ثانية الأفرع التي تتوزع السلطة عليها -في إطار من الاحترام المتبادل فيما بينهما- كي يحدد كل منها نطاق ولايته على ضوء فهمه للنصوص الدستور التي ترسم تفهومها<sup>(٢)</sup>.

In the performance of assigned constitutional duties, each branch of the government must initially interpret the constitution, and the interpretation of its powers by any branch, is due great respect from the others.

### ثامنا: بين الخضوع للقانون والسلطة التقديرية للمشروع

٤٩- ولا تناقض السلطة التقديرية -الأصل فيها هو الإطلاق- خضوع الدولة للقانون بمسا يغرضه عليها من قواعد تطووا.

ذلك إن السلطة التقديرية -رسوا بأشرفها السلطة التشريعية أو التنفيذية- هي في حقيقتها موازنة بين البدائل التي تتراوح فيما بينها لتنظيم الموضوع الواحد، توطئة لاختيار ألقها بتقييدا للحرية، وأقربها اتصالا بالأغراض التي يراد تحقيقها، وأدخلها لحكم العلاقة القانونية المعنوية، وبسلفراض مشروعية هذه البدائل جميعها في مضمونها وغاياتها.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية- "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -تساعده رقم ١٤- ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) United States V. Nixon 418. U.S. 683, (1974).

ولا كذلك أن يحدد الدستور السلطة التقديرية في بعض جوانبها، إذ يحيلها الدستور فيما يتعلق به التقيد من صور اختصاصها، إلى سلطة مقيدة.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا بأن: "السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وإن كان الأصل هو إطلاقها، إلا أن القيود التي يفرضها الدستور على هذه السلطة، هي التي تبين تخوم الدائرة التي تصون الحقوق التي ضمنها الدستور، فلا يكون اقتحامها إلا عجوازا على هذه الحقوق مجانباً حدود تنظيمها، ومنتهياً إلى مصادرتها أو تقييدها<sup>(١)</sup>".

بما مؤداه أن السلطة التقديرية لا يجوز أن تختلط بالسلطة التحكيمية. ذلك أن التقدير ليس استهواء أو تشبهاً، وإلا صار انحرفاً.

واتصال التقدير بموضوع معين، مقتضاه ألا يكون دفترًا في الفراغ. وتوجيه تحقيق أغراض بذواتها، يفترض ألا يكون التقدير مفكاً عنها.

ومن ثم تقوم علاقة منطقية بين النصوص القانونية التي صاغها المشرع من جهة، وبين أهدافها من جهة ثانية. ذلك إن هذه النصوص تعتبر مجرد وسائل اختارها المشرع لتحقيق الأغراض التي ترعاها من تنظيم موضوع معين.

فإذا لم تكن صلة منطقية بين النصوص القانونية، والأغراض التي توختها، صار التنظيم التشريعي مخالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

ولأساس ذلك، أن تنظيم المشرع للحقوق غير مقصود لأغراض نظرية، بل يتغيا تحقيق مقاصد بذواتها حرص المشرع على بلوغها من خلال النصوص القانونية التي صاغها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٥٥١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. كذلك القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٨/٥/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ ص ١٠٦ وما بعدها من هذا الجزء.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٨/٥/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ولأن كل تنظيم يتضمن تقسيما تشريعا أو تصنيفا Legislative classification من خلال الحقوق أو المزايا التي يمنحها لفئة دون أخرى، أو عن طريق الأعباء التي يلقيها على البعض أو التي يتخفيف منها، فإن اتصال النصوص القانونية التي يقوم عليها هذا التقسيم التشريعي بأهدافها، ينبغي أن يكون حقيقيا، ومنطقيا، وإلا صار منظوبا على تمييز غير مبرر دستوريا.

ولا كذلك السلطة التحكيمية التي تتلخص بطبيعتها خضوعها للقانون، سواء عند ميلادها أو من خلال مظاهر مباشرتها. إذ تتمحض انفلاتا من القواعد التي فرضها الدستور في مجال تأسيسها، وعلى صعيد ممارستها.

#### تاسعا: ملغاء الخضوع للقانون للنظم الاستثنائية كأصل عام

٥٠- ويلاحظ أخيرا، أن حقوق الأفراد وحررياتهم لا تصونها قوانين استثنائية لا تقتضيها الضرورة في أعق ملاحها. كذلك التي تعبر السلطة بها عن ميلها إلى العدوان أو إلى التسلط والاستعلاء. ذلك أن هذه القوانين تتمحض علوا في مجال القيود التي تفرضها على حقوق الأفراد وحررياتهم. وتقوم على تطبيقها كذلك هيئة استثنائية سواء في تشكيلها أو في مضمون القواعد القانونية التي تطبقها، بما يخل بحق المتقاضين في الحصول من قاضيتهم الطبيعي على الحسد الأدنى من ضماناتهم التي يكفلها الدستور والقانون.

#### عاشرا: فرائض مبدأ الخضوع للقانون

٥١- وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، يفترض مبدأ الخضوع للقانون:

أولاً: أن يكون للحقوق عينها قواعد موحدة سواء في مجال طلبها أو الدفاع عنها واقتضاءها، أو على صعيد الطعن في الأحكام التي تتعلق بها. ذلك أن الناس لا يميزون فيما بينهم في مجال فرضهم في النفاذ إلى قاضيتهم الطبيعي، ولا في مضمون القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عيها، ولا في فعالية ضمانات الدفاع للحقوق ذاتها التي يدعونها، ولا في اقتضاءها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها، ولا في طرق الطعن التي تنتظمها<sup>(١)</sup>.

(١) دستورية عليا - للفتية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية - "دستورية" جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١٠٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ثانياً: أن تكون القيود التي تفرضها القوانين الجزائية على الحرية الشخصية، واقعة في حدود ضيقة، ليبلغ اليقين بها حداً يعصمها من كل جدل حول دلائلها Legal Certainty، وحتى لا يكون تطبيق رجال السلطة لها، انتقائياً قائماً على معايير شخصية تخالفها الأهواء، وتقال من الأبرياء<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن يرتبط نفاذ القاعدة القانونية في حق المخاطبين بها، بإعلانها من خلال نشرها لضمان نيوح أحكامها، ولتمتاع القول بالجهل بها. فلا يكون نشرها إلا ككفالة وفوفهم على ماهيتها ونطاقها، حالاً دون تصلبهم منها، ولو لم يكن علمهم بها يقينياً، أو كان لإرلاهم لمضموها مشكوكاً فيه.

ذلك أن حملهم قبل نشرها على النزول عليها -رهم من الأغيار في مجال تطبيقها- إخلال بحرياتهم وبحقوقهم التي كفلها الدستور، دون تقيد بالوسائل القانونية السلمية التي حدد الدستور تخومها وفصل لوضاعها، والتي يندرج تحتها أن القاعدة القانونية التي لا تنشر، لا توفر إخطاراً كافياً بمضموها، ولا بشروط تطبيقها. ولا يجوز التكلل بها -بعد زوال مقوماتها- لتتظلم حقوق المواطنين أو حرياتهم.

رابعاً: أن كل قاعدة قانونية لا تكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كذلك المتعلقة بقولها أو بقولها، أو بإصدارها، أو بنشرها في الجريدة الرسمية؛ لا يستقيم بنواها، وتعامل بالتالي كالعدم سواء بسواء.

والقول بأن القواعد القانونية التي لا نفاذ لها، لا تضر بأحد لامتناع تطبيقها، مردود، بأن الرقابة على الشرعية الدستورية، تستهونها تلك النصوص التي جرى تطبيقها في شأن المخاطبين بها، سواء قارنتها عندئذ أو زيلتها قوة نفاذها، إذ يعتبر إخضاعهم لها، تكللاً فعلياً Actual Interference في شؤونهم، ملحقاً ضرراً بالياً أو محتملاً بمصالحهم، فلا تكون الأضرار التي أحدثتها تصوراً نظرياً.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٨- من ٣٥٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

خامساً: كلما ارتبط تجريم الفعل بذواتها بوقوعها في مكان معين، تعين على المشرع أن يبين أوصافه وحدوده، بصورة جلية لا خفاء فيها، وإلا كان مجهلاً بنطاق الدائرة التي لا يتصور وقوع الأفعال التي أثمها فيما وراء حدودها الخارجية<sup>(١)</sup>.

سادساً: كذلك فإن ربط الأغراض التي يرد تحقيقها، بالوسائل إليها An end - means test يعتبر أحد العناصر الجوهرية لخضوع الدولة للقانون.

وعلى ضوء هذه القاعدة، لا تتطرح جهة الرقابة على الدستورية إلى نصوص الدستور في ذاتها، ولكنها تجل بصرها في أمر خارج عنها، هو ما إذا كانت القيود التي فرضتها السلطة التشريعية على الحقوق التي كفلها الدستور، ترقح محتواها، فلا تتسميها، خاصة حين تربو الأعباء التي تفرضها النصوص القانونية في شأن حقوق الأفراد وحررياتهم، على الثمار التي تريد للسلطة التشريعية أن تحصل عليها من وراء تنظيمها لها.

سابعاً: ويفترض الخضوع للقانون كذلك، وحدة البنيان الموضوعي للقيم A unified structure of substantive values وعلى الأخص تلك التي تتعلق بتحقيق ديموقراطية برلمانية حرة وتمثيلية، تعززها حقوق الأفراد وحررياتهم التي أخرجوها في الدستور.

وتتأتى موضوعية القيم الكلمة وراء الحقوق التي كفلها الدستور، في أن لكل منها وجوداً واقعياً في ظل أحكامه، فلا تعتبر مجرد قيم فلسفية، ولكنها تقيد كل سلطة وتزعمها بالنزول عليها في إطار عناصر نظامها القانوني ومفرداته.

فحق الاجتماع، والحق في الملكية وحرية التعبير، وحق للشخص في اختيار الحرفة التي يريد أمثالها، تفرزها مجموعة من القيم تعتبر غاية نهائية لهذه الحقوق، فلا يجوز الإخلال بها.

كذلك فإن الحق في صحافة متحررة من القيود التي تقوض استقلالها، لا يحول دون تنظيمها، لضمان القيم الموضوعية للجماعة في الديموقراطية والحرية، ومن بينها ألا تكون الصحافة أسيرة مصالح فتوية تهيم عليها وتوجهها.

(١) لكل محمية بحرية -والضرورة- حيز من المياه البحرية يكون محدداً لنطاق الدائرة التي لا يتصور أن تقع الأفعال التي أثمها المشرع فيما وراءها. فإذا لم يبين المشرع أصلاً حدود المحمية البحرية، أو أشار إليها بصورة إجمالية ثم أغفل نشر الخريطة التي تبين حدود المحمية في الجريدة الرسمية، فإن خاصية اليقين التي تهيم على التجريم تكون منتقبة، بما يناقض الخضوع للقانون، ويخل بالحرية الشخصية من خلال قيود غير مبررة تنال من جوهرها -الحكم السابق- ص ٣٣٧ - ٣٧٩ من الجزء السابع.

بيد أن موضوعية القيم، لا تعني أن تعزل جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، العناصر السياسية للقيم عن متطلباتها الواقعية. بل تتحدد هذه القيم على ضوء نظرة شاملة تحيط بكل العناصر التي كونتها، وعلى الأخص في محيط الرقابة على الدستورية التي لا ينفصل فيها القانون عن السياسية، بل يكون تداخلهما تعبيراً عن جوهر هذه الرقابة وحقائقها. وموضوعية للقيم للكاملة وراء نصوص الدستور، هي التي تعطى الحقوق التي كلها ضماناتها العملية وتقويها.

ذلك أن هذه القيم، هي التي تحكم النظام القانوني في مجموع مكوناته، وتؤثر بالتالي في القانونين العام والخاص، وتوحد تطبيقاتهما في كل ما يتصل بالأغراض النهائية التي تتوخاها الحقوق الأساسية التي ضمنها الدستور Objective underlying guaranteed basic rights.

كذلك فإن موضوعية القيم التي احتضنها الدستور، هي التي تظهر أحكامه مما يكون قد شأبها من غموض. ذلك أن هذه القيم هي التي تحدد من منظور اجتماعي- ما قصدته الدستور بالحق أو الحرية محل الحماية<sup>(١)</sup>.

#### خاتمة عشر: مبدأ الخضوع للقانون في الدول الفيدرالية

٥٢- وفي الدول الفيدرالية، يقوم مبدأ الخضوع للقانون على صون مجموعة من القيم التي يمكن استخلاصها من نصوص الدستور الفيدرالي، من بينها ضمان وحدة الدولة الفيدرالية، وتكامل إقليمها، والتوفيق بين مصالحها ومصالح ولاياتها The principle of federal comity؛ وضمان نظامها

<sup>(١)</sup> يلاحظ أن فهم جهة الرقابة على الدستورية، للقيم التي يحتضنها الدستور، إما أن يتم على ضوء نظرة تحريرية Liberal theory تأخذ في اعتبارها الحرية الاقتصادية والحق في تقرير المصير، وتؤكد الطبيعة السلبية لحقوق الفرد في مواجهة الدولة؛ أو نظرة تربط حقوق الفرد بالتجمعات المختلفة، كالجماعات الدينية. ووسائل الأعلام ومراكز البحث العلمي وعلاقات الزواج والأسرة Institutional theory. أو على ضوء نظرة إرغامها أن لهذه القيم خصائصها الذاتية النابعة من كرامة الإنسان والمتولدة عن ملاح الفهم البشرية وطبيعتها Value - oriented theory.

وقد ينظر إلى هذه القيم على ضوء ما يلاص بعض الحقوق من ملاح سياسية ذات طبيعة عرضية كالحق في حرية التعبير والاجتماع، فضلاً عن الدور الذي تلعبه الانتخابات والأحزاب السياسية Democratic theory. وأخيراً فإن النظرة الاجتماعية لهذه القيم Social theory تركز على أهمية العدالة الاجتماعية والحقوق الثقافية والأمن الاجتماعي. وعادة لا تمتد جهة الرقابة على الدستور في بحثها عن القيم الكاملة وراء نصوص الدستور، بنظرية دون أخرى، ولكنها تعمل على التوفيق بين عناصرها وتزيل التوتر بينها قدر الإمكان.

الديموقراطي الحر Free liberal democratic order؛ وإسهام أحزابها السياسية في تكوين الإرادة السياسية لشعبها؛ وامتناع تعديل نصوص الدستور الفيدرالي التي حظر تعديلها Unconstitutional constitutional amendment؛ ومعاملة نصوص الدستور الفيدرالي باعتبارها مترابطة فيما بينها؛ The principle of the constitution's unity وتعديلها للحصول على أقصى نواتجها؛ optimal effect، فلا يقع تنازع في القيم على صعيد الدولة الفيدرالية في مجموع مكوناتها، ولا تحبط إحداها أغراضاً لغيرها.

(١٤)

بين تخرج قواعد الدستور وتساويهاأولاً: نصوص الدستور لا تخرج فيها

٥٣- لقواعد الدستور جميعها مرتبة واحدة، فلا ينتظمها تخرج هرمي يقيم بعضها فوق بعض.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

>>الأصل في الحقوق التي كفلها الدستور أنها لا تتمايز فيما بينها، ولا ينتظمها تخرج هرمي يجعل بعضها أقل شأنًا من غيرها أو في مرتبة أدنى منها، بل تتكافأ في أن لكل منها مجالاً حيويًا لا يجوز إلتحامه بالقيود التي تفرضها النصوص التشريعية. ويحدد هذا المجال بالنسبة إلى الحقوق التي نص عليها الدستور في صلبه، على ضوء طبيعة كل حق منها؛ وبمراعاة الأغراض النهائية التي قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء إقراره؛ وفي إطار الرابطة الحتمية التي تقوم بين هذا الحق وغيره من الحقوق التي كفلها الدستور، باعتباره منخلاً لإيها، أو لازماً لصولها>>(').

ثانياً: ديباجة الدستور وقيمتها

٥٤- وشأن ديباجة الدستور، شأن القواعد المنصوص عليها في صلبه، كلما حوت هذه الديباجة قواعد من طبيعة دستورية. ولئن كان البعض يميز في ديباجة الدستور بين عباراتها الغامضة التي لا يجوز التعميل عليها من جهة؛ وبين ألفاظها الواضحة التي يمكن ضبط معانيها من جهة ثانية؛ إلا أن ما ينبغي التركيز عليه في ديباجة الدستور، ليس غموض معانيها أو وضوحها، وإنما للقواعد القانونية التي تنشئ هذه الديباجة بها.

فكلما تذكر علينا أن نستطيع من هذه الديباجة -حتى في لجزئها الواضحة معانيها- قاعدة قانونية لها خصائص القواعد الدستورية وملامحها، فإن هذه الأجزاء تتعد قيمتها الدستورية، ولا تزيد

(١) دستورية عليا -تقضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية دستورية- جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ قاعدة رقم ٣٧ من ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

عبارتها عن أن تكون سردا لحقائق تاريخية، أو لمرحلة من نضال الجماعة أو لأطوار من التطور بلغتها أو لأمال ترحوها وتخطط لها<sup>(١)</sup>.

### ثالثا: الوثائق ذات الطبيعة الدستورية وقيمتها

٥٥- وقد تكون بعض الوثائق ذات الطبيعة الدستورية، أسبق في وجودها من الدستور. وقد تتمدد هذه الوثائق وتتوسع، ويزداد ثرواتها فيما لاختلافها في المسائل التي تنظمها واتساع آفاقها وتعدد جوانبها، وتعلق بعضها بالحقوق السياسية والمدنية، وبعضها الآخر بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية أو بمزيج منها. ومن ثم تشكل هذه الوثائق -في مجموع مفرداتها- روافد متدفقة لصوت هذه الحقوق جميعها.

وكثيرا ما يثور الجدل حول أهمية هذه الوثائق في علاقتها ببعضها، ودرجة الحماية التي ينبغي أن توفرها لها، وعما إذا كان قدم بعضها يسوغ إطلاحتها أو التقليل من أهميتها، أو تقديم غيرها عليها.

وتظهر حدة هذه المشكلة، إذا كانت جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لا تحكم في مجال فصلها في دستورية القوانين - إلى نصوص الدستور وحدها. بل تضم إليها وثائق أخرى لها طبيعة دستورية، وتشكل في مجموعها كتلة واحدة تكون معانيها غير متوافقة فيما بينها، بما لا يوجد بين أجزاءها، بل يتم بعض أشكال التعارض بينها، وعلى الأخص إذا صدرت هذه الوثائق في أزمان مختلفة تتباين ظروفها، وكان لها من تعددها واتساع آفاقها، ما ينفلق تلاقيها فيما بينها. لاسيما وأن الآراء الفلسفية التي أوحتها، كثيرا ما تتلفر، فلا تصدر هذه الوثائق عن مفاهيم موحدة تجمعها، وتتحدد معانيها على ضوئها.

وقد يحيل الدستور القائم إلى هذه الوثائق كلها، بنص صريح فيه، كقلا بذلك تساويها فيما بينها.

(١) فما تمس عليه ديباجة الدستور القائم في مصر من أن شعب مصر العظيم يحمل إلى جانب أمانة التاريخ، أهدافا عظيمة للحاضر والمستقبل بنورها النضال العظيم والشاق؛ لا يبلور سمع وضوح هذه الجارة -قاعدة قانونية يمكن استخلاصها منها. ولا كذلك ما جاء في هذه الديباجة من أن سيادة القانون ليست ضمانا مطلوبا لحرية الفرد، ولكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة في نفس الوقت. ذلك أن مفاد هذه الجارة، أن سيادة القانون هي التي تضمن الحرية الفردية، وأن السلطة لا تعتبر امتيازاً لصاحبها يقيض عليها بالقوة، وإنما يمارسها وفق القانون.

وقد يصدر في شأن حقوق الإنسان وحرياته، إعلان أو أكثر يكون منفصلاً عن الدستور؛  
موجلاً في القمم؛ أو حديثاً، مواكباً لحقائق العصر أو متخلفاً عنها.

وقد تتعارض الوثائق الدستورية فيما بينها بالنظر إلى اختلافها في الأفكار الفلسفية التي  
وجهتها. ذلك أن حقوق الأفراد وحريتهم لا تجمعها نوما نظرة واحدة، ولا تخالفها الأفكار عنيها،  
بل لكل منها وجهتها.

ومن وثائق إعلان الحقوق، ما يتعامل مع حرية التعبير وحرية الابتداع وحرية التنقل، باعتبارها  
مقررة أصلاً لمصلحة نوبها، فلا يتدخل المشرع لتنظيمها إلا في أضيق الحدود، سواء لضمان انتفاع  
أصحابها بها بطريقة أفضل، ولحماية استقلالهم فيما يقررونه بشأنها؛ أو ليقول بين مباشرتها من  
جهة، ووجود الجماعة التي يعيشونها من جهة ثانية.

وقد تظفر بعض الوثائق الدستورية إلى الحق في الصحة والحق في التعليم والحق التضامن من  
زاوية اجتماعية، فلا تكفلها الدولة لمصلحة الفرد وحده استقلالاً عن غيره، وإنما تضمنها لمصلحة  
مجموع من الأفراد يشكلون مجتمعها<sup>(١)</sup>.

ولا زال التعارض بين الوثائق فيما بينها، وكذلك فيما بين أجزاء الوثيقة الواحدة، حقيقة واقعة  
لا مجال لإفكارها.

فالدستور الفرنسي لا يتضمن بين نصوصه، مبدأ السير المطرد للمرافق العامة بما يكفل  
انتظامها. وإنما يستند هذا المبدأ، إلى القواعد الرئيسية التي أقرتها القوانين المعمول بها في  
الجمهورية، والتي تشكل جزءاً من رزمة الدستورية التي يتكتم إليها المجلس الدستوري الفرنسي عند  
الفصل في دستورية القوانين قبل إصدارها.

(١) فإعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩ يكشف عن طبيعة الفردية مؤسساً ديمقراطية سياسية، تديرها الدولة في  
أضيق الحدود. ولا كذلك ديباجة دستور ١٩٦٤ التي تبلور الطبيعة الجماعية لحقوق الأفراد وحريتهم، وتقيم من  
خلال النصوص التي تنظمها، ديمقراطية اشتراكية توجهها الدولة.

ومن المحقق، فإن مبدأ السير المطرد للمرافق العامة، ينالقه لقطاع العمال عن العمل من خلال إضرابهم. كذلك فإن لكل من الحرية الفردية والحق في التنقل قيمة دستورية قد يقيد بها وإلى حد كبير - ما تراه الدولة ضروريا من التدابير لتحقيق أغراض تتصل بالخير العام.

وبالمثل، فإن مبدأ الحرية للشخصية في تحديد الأجر، ينالض حق النقابة وحريتها في العمل من أجل صالح العمال المتضمنين إليها من خلال فرضها شروط عمل أفضل، ومن بينها الأجر الملائم.

٥٦- ولئن جاز القول بأن التوفيق بين نصوص الوثيقة الواحدة، قد يزيل بعض مظاهر تنالض أحكامها، إلا أن صوراً أخرى من التعارض في ذات الوثيقة، قد تستعصى على التوفيق كحق الدولة في احتكار بعض وسائل الأعلام باعتباره تقيض للتنديدية.

ويظل لجهة الرقابة على الشرعية للدستورية دوراً فاعلاً وعريضاً في معيها للمواعمة بين الوثائق الدستورية التي تتخذها مرجعاً لها، عند الفصل في دستورية النصوص القانونية.

ويزداد دورها أهمية فيما غعض من نصوص هذه الوثائق، وضرورة تجليتها من خلال نظرية شاملة تحيط بها في مجموع أحكامها، على أن تستخلص جهة الرقابة على الدستورية، من هذه الوثائق، القواعد الدستورية بطبيعتها - ولو لم تكن متفرعة عن أصل ينتجها - ثم ترصد أغراضها النهائية، لتقيم بنائها بصورة أكثر تماسكاً.

والأولوية التي يعطيها نفر من الفقهاء لبعض الوثائق الدستورية، أو تفضيلهم بعضها على بعض في مجال موازناتهم بينها، لا تحسم ما يدعونه من تدرج هذه الوثائق من جهة ترتيبها فيما بينها، ولا تزيد عن وجهة نظر شخصية يقولون بها<sup>(١)</sup>.

(١) يقول François Goguel وهو عضو قديم في المجلس الدستوري الفرنسي - إن المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتطلبها بوجه خاص أوضاع العصر، والتي تشير إليها ديباجة دستور ١٩٤٦ لا تموز ذات القيمة الدستورية التي تتمتع بها الحقوق المنصوص عليها في إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩. ذلك أن هذه الحقوق مطلقة في طبيعتها، وترتبط بالإيمان بوصفه كائناً بشرياً، بغض النظر عن زمن ومكان وجوده. أما المبادئ المشار إليها في ديباجة دستور ١٩٤٦، فلها تتمحض عن حقوق نسبية، وترتبط بمجتمع محدد قائم في لحظة زمنية معينة.

François Goguel, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux*, in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, p.236.

### رابعاً: صدور الوثائق القانونية الدستورية في أمانة مختلفة لا يفي تضافها

٥٧- فالوثائق الدستورية تتضمن مع بعضها، وليس لإحداها مركز قانوني خاص بها يقدمها على غيرها، بل يكون تساوياً هو الأصل الذي يحكمها، وعلى الأخص إذا أقرتها في مجموعها - جهة واحدة؛ وكان تأسيسها لها قد تم وفق قواعد موحدة للترتيب.

بما مؤداه أن تعدد الوثائق الدستورية وتنوعها، لا يقدم بعضها على بعض، ولا يحول دون تجانسها في عموم توجهاتها وتطبيقاتها، ولا يمنع من العمل على التوفيق بين أجزائها من خلال تفعيل الوحدة العضوية التي تجمعها.

### خامساً: تنوع الوثائق الدستورية لا يجعل أئمتها منسوخاً بالحقها

٥٨- على أن تعدد الوثائق الدستورية وتنوعها في البلد الواحد، لا يجوز أن يفسر على أن أئمتها صار منسوخاً بالحقها بقدر ما بينهما من تعارض، La regle lex posterior ذلك أن صدور هذه الوثائق في أزمان مختلفة، لا يفيد أن القديم منها يبطل أفكاراً بالية عتيقة لها من قدمها ما يسوغ تجاوزها، وإبدال غيرها بها، ولا يجعل كذلك للوثائق القديمة أهمية محدودة في علاقتها بالوثائق اللاحقة عليها، ويظل هذا النظر صحيحاً ولو كانت الوثائق الأقدم، أكثر اقتراباً من جهة مضمونها - من حقائق العصر، لتكون لها عندئذ رفق ما يراه البعض - القيمة الدستورية الكاملة Pleine Valeur Constitutionnelle التي لا تتوازن معها الوثائق القديمة، بل تكون دونها. وهو أمر منقذ، ذلك أن إعطاء بعض الوثائق الدستورية قيمة دستورية كاملة، مؤداه -ربمهم المخالفة A contrario- أن سواها كل قيمة منها، وهو ما يفيد علو بعض الوثائق على بعض، وتكرجها فيما بينها، وهو نظر غير صحيح لأمرين:

أولهما: أن دستور الدولة قد يدمج في ديباجته، كل الوثائق السابقة على إقراره، أيا كان تاريخ اعتماد كل منها. فلا يكون لتعاقبها في الزمان من أثر على قيمتها الدستورية، بل تتعاون هذه الوثائق جميعها فيما بينها، لتقدم إلى جهة الرقابة على الدستورية الطول الملائمة للفصل في المسائل الدستورية المعروضة عليها.

ثانيهما: أن تعلق هذه الوثائق على النحو المتقدم، مؤداه تكاملها فيما بينها، فلا يكون بعضها لبعض إلا ظهيراً، خلاصة وأن اتصال بعض الوثائق الدستورية بحقائق نلمسها اليوم في الحياة، وإن

جعلها من زاوية واقعية أكثر اقترابا من المفاهيم المعاصرة؛ إلا أنه من ناحية قانونية، ليس ثمة قاعدة دستورية تعتبر أكثر دستورية Plus constitutionnel من قاعدة أخرى تماثلها في طبيعتها وخصائصها.

ولا بالتالي يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تفاضل بينها، إلا بقدر انتقاء القاعدة الدستورية التي تراها أكثر اتصالا بالنزاع المعروض عليها. فلا تكون قراءتها للوثائق الدستورية في مجملها، تغليباً لبعض قواعدها على بعض. بل بقصد اختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية المعنية.

٥٩- غير أن بعض الفقهاء يعيم تمييزاً بين الوثائق الدستورية -لا من جهة علاقتها ببعضها- بل من زاوية الحقوق التي تكفلها كلاً منها. ذلك أنهم يقولون إن لبعض الحقوق التي ضمنتها هذه الوثائق، درجة من الحماية أكثر من غيرها.

وهي بعد حماية تتحدد على ضوء مضمون الحق، ودوره في الجماعة من جهة تطويرها وتعميق مقوماتها.

يبدو أن وجهة النظر هذه ينحصرها أن هؤلاء الفقهاء أنفسهم لا يتفقون فيما بينهم على قائمة الحقوق التي يدعون تمتعها بحماية دستورية أكبر من غيرها. فمنهم من يقدم الحرية الفردية وحرية التعبير وحرية العقيدة وحرية الصحافة، على سواها<sup>(١)</sup>.

ويظهر آخرون من بينهم، الحرية الفردية وحرية العقيدة وحرية الاجتماع والحق في التعليم<sup>(٢)</sup>.

وينحاز نفر منهم إلى مجموع الحقوق الطبيعية التي لا تتقدم، والمقررة لكل فرد باعتباره إنساناً، ويندرج تحتها الحق في الحرية، وفي الملكية، والأمن، ومقاومة أشكال الاضطهاد على تباينها<sup>(٣)</sup>.

واختلافهم المنقسم في شأن أنواع الحقوق الأكثر أهمية من غيرها، والأجدر بالحماية الدستورية من سواها، يحمل وجهة نظر شخصية تقوض الضوابط الموضوعية للنظرية التي يقولون

(١) Bruno Genevois, la marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel, E.D.C.E. 1988, p.181.

(٢) Louis Favoreu, les libertés protégées par le conseil constitutionnel, in conseil constitutionnel, court européenne des droit de l'homme. 1990, p.33.

(٣) Dpmonique Turpin, Contentieux constitutionnel. P.U F 1986, p.86.

بها، والتي لا تقرر فقط أن لبعض الحقوق أولوية أولى Premier rang وأن لغيرها مرتبة ثانوية Second rang، ولكنها تقال كذلك من صحيح العلاقة بين الوثائق الدستورية بعضها البعض.

ذلك أن تركيز المدافعين عن هذه النظرية، على قوائم الحقوق التي تتضمنها الوثائق الدستورية، والتي يرونها أكثر أهمية من غيرها، يقدم مآلاً لبعض هذه الوثائق على سواها. وليس ذلك إلا ترتيباً يقوم على تدرج تلك الوثائق فيما بينها.

ولئن جاز القول بأن جهة الرقابة على الدستورية تحكم أحياناً إلى بعض الحقوق التي تتضمنها هذه الوثائق دون غيرها، فذلك بوصفها مدعوة إلى الفصل في نزاع معروض عليها يقتضيها أن تجل بصرها في جوابه المختلفة لتحمل حكمها على أكثر الحقوق اتفاقاً مع طبيعته.

فلا يكون خوضها في نوع من الحقوق دون آخر، تفضيلاً لبعضها على بعض، أو لترتيبها فيما بينها، وإنما هو اختيار منها للقاعدة القانونية الأكثر اتصلاً بالمسائل المطروحة عليها.

وقد تركز جهة الرقابة على الدستورية اهتمامها على مبدأ معين - لا من مفهوم للتدرج بين القواعد القانونية - ولكن بوصفه ضماناً مبدئية لتعميق الديمقراطية وبناء أسسها.

وصح بالتالي القول بأنه بغیر التعددية لا تستقيم حرية الصحافة، ولا غيرها من وسائل الإعلام والاتصال، وإن يكون دورها فاعلاً في مجال تطوير مجتمعها وتعميق ثقافتها.

ومن ثم تكون لهذه التعددية La pluralisme قيمة دستورية مطلقة تقتضى حماية أكبر - لا بالنظر إليها في ذاتها - وإنما بوصفها أحد شروط الديمقراطية وِدْعَانِهَا Le fondement de la démocratie.

### الكتاب الأول

#### المسألة العامة للرقابة على الشرعية الدستورية

### الكتاب الأول

#### الخطوط الرئيسية للرقابة القضائية على الدستورية

### الفصل الأول

#### الرقابة القضائية على الدستورية: مرجعياتها

٦٠- لا شبهة في أن الرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها التي تقتضي أن تنقيد الجهة التي تباشرها بالضوابط المرسومة لها، وأهمها أن تكون نصوص الدستور مرجعها في هذه الرقابة، تطيحها على القانون، وتصل على ضوئها في دستوريته.

ومفترضها أن تقابل جهة الرقابة على الدستورية بين قاعدتين قانونيتين لا تتحدان في مرتبتيهما، لترجع إحداهما على ما دونها، بما يكفل السيادة للدستور، ويفرض قواعده على ما سواها من النصوص القانونية -لا لتصحيحها- وإنما من خلال إبطال ما يكون مخالفاً منها للدستور. وهو إبطال يقتضي أن تتخذ السلطة التشريعية من جانبها ما تراه من التدابير الملائمة التي تزيل بها الآثار التي ترتبها النصوص الباطلة في شأن من أضيروا من جراء تطبيقها عليهم.

٦١- على أن نصوص الدستور لا تعتبر في بعض الدول، مرجعاً جيداً للرقابة القضائية على الدستورية. بل تقوم إلى جانبها ديابجته -لا في مجمل عباراتها الجلية منها أو الغامضة- بل فيما يكون من معانيها، وأشيا بالقاعدة الدستورية التي يمكن استخلاصها منها.

فإذا كانت ديابجة الدستور حتى في ألفاظها الصريحة، وعباراتها القاطعة، لا تنتج قاعدة دستورية في طبيعتها، وكان توليدها منها متعزراً؛ فإن ديابجة الدستور تنقذ قيمتها الدستورية بالنسبة إلى أجزائها المرسلة، وعباراتها الإنشائية. ولا يجوز بالتالي اعتبارها مرجعاً في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وقد يقصر الدستور وديابجته، عن تقديم حلول لبعض المسائل الدستورية التي تطرح على جهة الرقابة على الدستورية.

وقد تخرج النصوص القانونية المطعون عليها عن كل علاقة منطقية تسوغها، فلا يكون نبوها عن حقائق العمل وإهياً، بل ظاهراً بقرأ.

وفى هذه الفروض وما يشابهها، لا يكون أمام جهة الرقابة على الدستورية إلا أن تُعزل نظرها فى مفاهيم تقدر علوها على الدستور وديالجه، مستوحاة منها ما تراه معياراً ملائماً للفصل فى دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ كأن تنظر فى المسائل الدستورية المطروحة عليها، على ضوء مفاهيم الحقوق الطبيعية التى لا يمكن النزول عنها، أو تجزئتها، أو التصالح عليها؛ أو بالرجوع إلى القانون المقارن؛ أو إلى القيم التى أنبثتها الجماعة ومنحتها لنفسها *The given values of the society*؛ أو إلى المقاييس المعاصرة التى اتخذتها الجماعة ضوابط لحركتها؛ أو إلى مصادمة النصوص المطعون عليها للعقل الجمعى وخرجها بالتالى عما يعتبر لائقاً؛ أو إلى قيم الحق والعادل التى لا يجوز تحريفها؛ أو إلى القيم الغائرة فى وجدان المواطنين إلى حد اعتبارها من التقاليد التى يصرون عليها لضمان أطماع الفضل من حياتهم؛ أو إلى الحقائق التاريخية التى أركوها؛ وكان دورها مؤثراً فى بنية الدستور؛ أو إلى دلالة المواقف القضائية فيما بين دول تتقارب ثقافتها وتشترك فى اللغة التى يتحدثون بها؛ أو إلى ما يعتبر حقاً وإصلاحاً لتحديد مفهوم الوسائل القانونية التى ينبغى اتباعها.

٦٢- على أن تلك المفاهيم جميعها، تظل اجتهاداً قضائياً يتردد بين الإطلاق والراجع، بين نقطة الضمير وتهاويه، بين قوة الجهة القضائية التى تباشر الرقابة القضائية على الدستورية أو تفككها وتضالول دورها، بين إرادة تطوير الدستور ومحاذير الخروج عليه، ولو بطريق غير مباشر.

ولم يكن لهذا الاجتهاد -على ضوء طبائع الأشياء- أن يقيم دعائم ثابتة تشق منها، أو تُرد إليها، معايير الرقابة على الدستورية، وتتحدد على ضوءها مرجعيتها.

وزاد من دقة الأمر، أن كثيراً من المسائل الدستورية تتكون من عناصر مركبة، وأن نصوص الدستور الموجزة فى جملها، الغامضة فى بعض معانيها، القاصرة فى تفصيلاتها، لا تصلح لمواجهتها.

ولم يكن هذا للصور بالتالى، مبلوراً مجرد أوضاع نظرية، بل حقائق عملية يتعين مقابلتها بالحلول التى تلائمها.

وكان قصور المعايير التي تعتمد عليها جهة الرقابة على الدستورية في مباشرتها لولايتها، حائزا لجهات الرقابة -أو على الأقل لبعضها- إلى ابتداع معايير مختلفة تنسجم بتقوعها وبتوسعها، لتقيم من مجموعها ضوابط متكاملة للشرعية الدستورية، لا تقتصر معاييرها، على الدستور وديباجته، ولكنها تعداها إلى وثائق تقوم إلى جانبها وتتكامل معها، مكونة من مجموعها كلا غير منقسم.

ولم يكن إسباغ الصفة الدستورية على هذه الوثائق اجتهادا فقها أو قضائيا، بل ترديدا لحكم الدستور ذاته بعد أن أضافها في ديباجته، إلى النصوص التي تضمنها.

ومن ثم تكون مرجعيتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية، عائدة إلى الدستور، إذ هو الذي أضفى عليها قيمتها الدستورية؛ وجعلها موازية في قوتها للقواعد الواردة فيه؛ وعصمها عن كل جدل يثير شكوكا حولها، بأن جعلها جزءاً لا يتجزأ من أحكامه.

والرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، خير دليل على ما تقدم، ذلك أن ديباجته زاعمة بنصوص قانونية ألمجتها في الدستور بوصفها من مكوناته؛ ومن بينها إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩ وديباجة دستور ١٩٤٦.

فقد عرّض هذا الإعلان وتلك الديباجة، مع دستور عام ١٩٥٨ وديباجته، لقبائل الجماهير جميعها، بمبادئها وقيمها ونصوصها، مبلورة من خلال إجماعها في الدستور، تساويها مع نصوصه. فلم يعد طريق الاعتماد على الوثائق المنمجة في الدستور منغلقا، بل مفتوحا أمام المجلس الدستوري الفرنسي، ومتجددا، يحيل إليها كلما حازه أمر.

وكان منطقيا بالتالي أن يؤكد هذا المجلس القيمة الدستورية لكل من إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، ولديباجة ١٩٤٦، وكذلك لكافة النصوص التي تحيل إليها ديباجة دستور ١٩٥٨.

وعلى هذا النحو، تكون للدستورية رزمة تشكل الوثائق السابقة على دستور ١٩٥٨ -والتي تحيل إليها ديباجته- جانباً من مفرداتها.

بل إنه فضلا عن هذه الوثائق، فإن لרزمة الدستورية أو ككلتها، عناصر أخرى يندرج تحتها:

\* المبادئ الرئيسية التي أقرتها القوانين المعمول بها في الجمهورية

Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

دون تدخل سابق من أية سلطة<sup>(١)</sup>؛ وحرية التعليم<sup>(٢)</sup>؛ والحرية الفردية<sup>(٣)</sup>؛ وصون حقوق الدفاع<sup>(٤)</sup>؛ واستقلال أعضاء هيئة التدريس الجامعي<sup>(٥)</sup>؛ واختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في سوء استعمال السلطة الإدارية<sup>(٦)</sup>؛ فضلا عن اختصاص السلطة القضائية بالفصل في المسائل المتعلقة بحماية الملكية العقارية<sup>(٧)</sup>.

ولا شبهة في أن عبارة "القوانين المعمول بها في الجمهورية" تفيد بالضرورة استبعاد القوانين التي كانت سارية في العهود الملكية أو الإمبراطورية، ولو كان لها روح للنظم الجمهورية L'esprit Republicain.

ويتعين عند بعض الفقهاء، أن تكون قوانين الجمهورية التي تحيل إليها ديباجة دستور ١٩٤٦ سابقة في صدورها على نفاذ هذه الديباجة<sup>(٨)</sup>، وهي نتيجة ينازع فيها فقهاء آخرون، على تقدير أن إسباغ القيمة الدستورية على مبادئ تضمنها قانون ماء منقطع الصلة بما إذا كان هذا القانون قد صدر قبل أو بعد عام ١٩٤٦، وإنما تستخلص جهة الرقابة على الدستورية هذه القيمة من مضمون القاعدة التي تضمنها القانون، فلا تتمتع بالقيمة الدستورية، إلا لأنها تستحق وصفها باعتبارها كذلك<sup>(٩)</sup>.

وفي إطار ما تقدم، رفض المجلس الدستوري الفرنسي أن يعتد بولادة ميلاد الشخص في فرنسا بوصفها، منشئة بذاتها -وبصفة آلية- للحق في الجنسية الفرنسية، ولم يعتبرها بالتالي مبدأ جوهريا لأقرته القوانين المعمول بها في الجمهورية. ذلك أن هذه الجنسية لا يجوز منحها إلا لشخص ولد في فرنسا من أجنبي، وكان أبوه كذلك قد ولد فيها.

(١) C.C.71-44 D.C., 16 Juil. 1971, R.p.29.

(٢) C.C. 77-87 D.C., 23 Nov. 1977, R.p.42.

(٣) C.C. 76-75 D.C., 12 Janv. 1977, R.p.33.

(٤) C.C. 76-70 D.C., Dec. 1976, R.p.39.

(٥) C.C. 83-168 D.C., 20 Janv. 1984, R.p.30.

(٦) C.C. 86-224 D.C., 23 Janv. 1987, R.p.8.

(٧) C.C. 89-256 D.C., 25 Juil. 1989, R.p.53.

(٨) Francois Luchaire, le conseil constitutionnel, Economica, 1980, p. 182.

(٩) Dominique Rousseau, chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 R.D.P. 1993, p.12.

\* وتدخل كذلك في رزمة الدستورية، المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية الضرورية بوجه خاص لمواجهة حقائق العصر. وقد عُدتها ديباجة دستور ١٩٤٦ التي يحيل دستور ١٩٥٨ إليها، ويندرج تحتها مبدأ المساواة بين الجنسين<sup>(١)</sup>، والحق في الملجأ أو حق اللجوء السياسي Le droit d'asile<sup>(٢)</sup>، والحق في الحصول على عمل<sup>(٣)</sup>، والحرية النقابية<sup>(٤)</sup>، وحق الإضراب<sup>(٥)</sup>، والحق الجماعي للعمال في تقرير شروط العمل وإدارة مشروعاتهم<sup>(٦)</sup>، والملكية الجماعية للمرافق العامة الوطنية وللاحتكارات الفعلية أو الواقعية<sup>(٧)</sup>، ومبدأ تنظيم التعليم العام المجاني والطماني<sup>(٨)</sup>، ومبدأ احترام قواعد القانون العام وقواعد القانون الدولي، وعدم جواز استعمال القوة ضد حرية أمم أخرى<sup>(٩)</sup>، ومبدأ جواز تقييد السيادة بشرط التبادل- في مجال تنظيم الدفاع عن السلم<sup>(١٠)</sup>.

وحاصل ما تقدم أن كل المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تؤكد حقائق العصر ضرورتها، لها قيمة دستورية تفرض نفسها على المشرع، وإلا كان لجهة الرقابة على الدستورية، أن تصوبه إذا تجاهلها.

٦٣- والمبادئ المتقدمة جميعها تركت في أصولها إلى النصوص التي تضمنها دستور ١٩٥٨، وإلى إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦.

وفيما وراء هذه النصوص، واستقلالاً عنها، يقرر المجلس الدستوري الفرنسي، أن من بين معايير وأدواته في مجال الرقابة على الدستورية، مبادئ ذات قيمة دستورية بالنظر إلى غاياتها Objectives de valeurs constitutionnelle كاحترام حقوق الآخرين وكصون النظام العام أو على ضوء مقتضياتها Exigence constitutionnelle، كالحد من تركيز الصحافة في يد واحدة بقصد ضمان التعددية، وكحق المتضررين من ظروفهم الخاصة، في الحصول على مكان يأويهم.

(1) C.C. 30 decembre 1981, R.p.41.

(2) C.C.9 Janvier 1980, R.p.29.

(3) C.C. 28 mai 1983, R.p.41.

(4) C.C. 15 Janvier 1975, R.p.19.

(5) C.C. 23 novembre 1977, R.p.42

(6) C.C. 30 decembre 1975, R.p.26

(7) C.C. 30 decembre 1976, R.p. 15.

(8) C.C. 25 Juilliet 1989, R.p. 59.

(9) C.C. 27 Juilliet 1982, R.p. 48.

(10) C.C. 90-274 D.C., 22 Mai 1990, R.p. 61.

٦٤- تلك هي رزمة الدستورية التي يحكم إليها المجلس الدستوري الفرنسي في مجال تقييم دستورية القوانين، وهي بتووعها تطرق أبواباً عريضة في اتساعها، تنفذ من خلالها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لتقييم النصوص المطعون عليها من جهة صحتها أو بطلانها.

فلا تكون أبعاد هذه الرقابة متحصرة في حدود ضيقة، ولا قاصرة عن مواجهة مسائل دستورية معقدة عناصرها، أو مختلفة مضامينها؛ ولا عاجزة عن الفصل في دستورية نصوص قانونية تعدد صور الموارد التي خالطتها.

وإنما تحيط هذه الرقابة بالمسائل الدستورية في أعرق مشكلاتها، فلا تنحصر أفاقها، وإن تعين ملاحظة ما يأتي:

أولاً: أنه فيما وراء نصوص الدستور، والنصوص التي يحيل إليها، فإن أدوات الرقابة القضائية التي يباشرها المجلس الدستوري الفرنسي، تظل بيده، بشكلها وفق اجتهاده، فلا تكون أسسها ثابتة مفاهيمها، ولا طرائقها محددة ملامحها سلفاً.

ثانياً: أن القوانين العضوية *Les lois Organiques* لا تدخل في نطاق رزمة الدستورية بالرغم من أهمية موضوعاتها، وخضوعها في مجال إعدادها وإقرارها لتنظيم إجرائي خاص بها، واستقرار قواعدها وثباتها في علاقتها بالقوانين العادية.

ثالثاً: ولا تدخل في رزمة الدستورية كذلك أية معاهدة أو اتفاقية دولية تكون الدولة طرفاً فيها، ولو كان لها طبيعة إنسانية، بالرغم من علو المعاهدة أو الاتفاقية الدولية على القوانين العادية، فلا يجوز لهذه القوانين أن تعارضها.

### الفصل الثاني

#### الرقابة القضائية على الدستورية وتطوير الدستور

٦٥- للرقابة القضائية على دستورية القوانين جزاؤها معنًى فى إبطال الجهة التى تباشرها، مظاهر خروج السلطة على الدستور أو إخلالها بالقيم التى يحتضنها.

وتوفق هذه الرقابة بين القيم المتنازعة، والمصالح المتضاربة من خلال أحكام قضائية لا تتناول الدستور باعتباره مجرد وثيقة قانونية، ولكنها تتعامل مع نصوصه بوصفها خليطاً من السياسية والقانون، وتنقلها من مفاهيمها النظرية، إلى حقائق واقعية تنكسها الجماعة وتعيشها، وتوفق لوضعها معها، خاصة وأن نصوص الدستور لا يجوز النظر إليها دون فهم للحياة السياسية التى توجهها، وتشكل ملامحها مراكز القوة المحيطة بها.

وإذا جاز القول بأن القضاء الذين يباشرون رقابتهم على النصوص القانونية، يختلفون فيما بينهم فى المثل التى يؤمنون بها، والأيدولوجية التى ينحازون إليها، وكذلك فى أوساطهم الاجتماعية، ويتنوع ثقافتهم؛ إلا أن أحكامهم هى نتائج قراراتهم التى يتخذونها بصورة جماعية قدر الإمكان، أو يوفقون فيها قدر استطاعتهم، بين آراء بصيرة بواقعها الاجتماعى.

وهم كذلك ينظرون إلى نصوص الدستور بالفروض تماسكها وتلاحمها فى إطار وحدة عضوية لا انفصام لها، يرتبط فيها كل نص بعلاقة ما، مع غيره من النصوص التى لا يجوز تفسيرها بعيداً عن سياقها ومقاصدها، أو بما يناقض الحقائق التاريخية التى أُنبتت أو عاصرتها.

#### أولاً: السوابق القضائية وتطوير الدستور

٦٦- وبظل تطوير القضاء للدستور ضرورة وقيمة عليا، حتى فى الدول التى تأخذ بنظام السوابق القضائية.

ذلك أنه وإن صح القول بأن السوابق القضائية قد تنعق فى بعض تطبيقاتها تطوير قواعد الدستور؛ وأن بقاها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه تصحيح الأضرار التى قارنتها؛ وكان ذلك يعتبر مبدءاً رجعياً للسوابق القضائية التى تعرض نفسها على حقائق الحياة بما يحول دون تغيير مضمونها؛ وإذناً يتقيد بمفاهيم الآخرين الذين صاغوا لهذه السوابق قولها؛ واستصحاباً لآراء سابقة

أصر على تطبيقها قضاء في أجيال لاحقة؛ ونكولا عن إعمال حكم العقل في مسائل دستورية بطبيعتها لا يجوز أن تحول السوابق القضائية بضغوطها دون إعادة النظر فيها ومراجعتها؛ وقبولا من القضاة الذين تنبؤوا لأن يكون طريقهم إلى الاجتهاد مغلقة، وإلى الحق موصداً، مع تراضيه على الإذعان لأصداء من الماضي اليميد لا يتحولون عنها، ولو كان يوسعهم أن يصدها عن آذانهم؛ وإنكاراً لأصل لا نزاع فيه، هو أن ما كان صائباً في زمن معين، قد يكون تركباً شائباً في فترة تالية؛ وكان ثابتاً كذلك أن المسائل الدستورية ترتبط بوقائعها وبزمنها، وبما هو قائم من ظروفها عند الفصل فيها؛ وأنه حتى في مجال عمل السلطة التشريعية، فإن الدلائل التي تختارها اليوم، قد تتحول عنها في الغد إذا كان العدول عنها، أكثر منطقية، وأدعى لضمان الحقوق التي تنظمها؛ إلا أن كل اعتراض على نظام السوابق القضائية، يتعين أن ينحصر في التطبيق الآلي للسابقة القضائية.

وفيما وراء هذا للتطبيق، يظل تعديل السوابق القضائية وتطويرها عملاً قضائياً تبذل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية كل جهد، وعلى الأخص كلما استطلت الزمن بين ضسود السابقة القضائية من جهة، وتصحيحها من جهة ثانية -بعد انهيار دعائها- سواء في الأصول التي تقوم عليها، أو في مناسبتها لأوضاع جديدة لا يجوز إغفالها، كيلا تنظر السوابق القديمة على حالها، ولو كان خطأها فادحاً، أو تزميتها معبراً عن نظرة ضيقة لا تقويمها، أو نقضتها قيم جديدة تحسم العدول عنها.

ويتعين دوماً تأكيد أن القضاء في كل بلد، يخطئون ويصيبون من خلال أحكامهم التي لا تبسور في واقع الأمر غير خيراتهم الاجتماعية التي لا تصدق نتيجتها دوماً، وإن ظل تصحيحها وتقويم اعوجاجها، واجباً لا يجوز التفريط فيه<sup>(١)</sup>.

(١) في عام ١٨٩٦ أيدت المحكمة العليا الأمريكية الولايات المتحدة فصل السود عن البيض في المدارس العامة وذلك في قضية Plessy V. Ferguson 16 U.S. 537 (1896)، مقرر أن هذا الفصل لا يتضمن تمييزاً يخل بتساويهم مع أبناء وطنهم في الحقوق. بيد أن هذا المفهوم انقلب من التقيض إلى التقيض وذلك في قضية Brown V. Board of Education, 349 U.S.294 (1955)، حيث قررت هذه المحكمة أن هذا الفصل في ذاته -وحتى مع توافر الوسائل التعليمية عينها- يعد منافية لأمية السود، منها آمالهم في حياة يكونون فيها أكثر ثقة بأنفسهم وانتماء إلى وطنهم، لأنه يشعرهم بأنهم لا يتساوون مع أبناء وطنهم الذين لا يختلفون عنهم إلا في لونهم، وأنهم بالتالي أقل منهم شأنًا، وأدنى قدرًا.

فضلا عن أنهم فى الأعم، يطورون نصوص الدستور بما يجعلها أكثر تنافسا مع روح العصر. ولولا تدخلهم لظل الدستور وثيقة عاجزة عن مواجهة أسال مواطنيها، قاصرة عن أن تحقق طموحاتهم، ضامرة شريينها، فلا تنكفئ إليها دماء جديدة Lui donner vie, la faire évoluer، ترفضها ترفضها رباح التغيير بما يحيط دورها الفاعل فى تشكيل مجتمعا، بل تبقى قابعة فى مكانها الأول، عسية عن أن تتحول إلى حقيقة حية A living reality، تؤسسا وتوحدسا القيم المتواصلة فى عطائها، والى لا يجوز أن تتحلل المواقف القضائية عنها، وإلا باعدت بينها وبين مواطنيها، بما يجعل للتناقض حولها مظهرها أو عقيما.

#### ثانيا: تطوير نصوص الدستور فيما وراء المواقف القضائية

٦٧- على أن بعض الفقهاء يرون أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، هى فى مضمونها وأبعادها من عمل قضاة لا يلتزمون فى شأنها بخير خياراتهم الشخصية التى تتحكم فيها أولوياتهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وكذلك توجهاتهم الايدولوجية. فلا يكون موقفهم من نصوص الدستور، إلا تعبيرا عن آراء أمنوا بها، جامدين من خلالها أن يحدثوا شكلا جديدا لأحكامه. يعيدون به بناءها من خلال اتفاق يطرحونها، مع ادعائهم بأن إدراكها عند إقرار الدستور، كان خافيا على آباءه.

وهم بذلك يهيئون على نصوص الدستور بما يخرجا عن مقاصدها، وكأن كلا منهم صانها، ولو أقام هيكلها من جديد على أنقاض ثوابتها.

ولا يعدو تطوير الدستور على هذا النحو، إلا أن يكون دعوة مفتوحة لهم قاعدة القانون ذاتها من خلال تحريفها، بما ينافى التزامهم الأصل بتطبيقها، وعلى الأخص لأن القيم التى يحتضنها الدستور، ليس لها من ثباتها وموضوعيتها، ما يقيمها وعاء للشرعية الدستورية. بل إن غموضها واتساعها يجعلها أحيانا عبئا عليها.

كذلك، فإن ما يقول به المؤيدون لضرورة الفصل فى دستورية النصوص القانونية، على ضوء معايير تطوها من بينها <<ما يكون لا تقا ومنصفا فى مفاهيم الأمم المتحدة>> أو <<متصلا برابطة وثقى بالقيم العليا للنول فى مجموعها>> أو <<مبصرا حقائق تاريخية أو ضوابط خلقية لا يجوز تجاهلها فى مجال تقييم النصوص القانونية المطعون عليها>> أو <<موفقا حقائق يملوها الضمير

الجمعي، أو معان غائرة في أعماق تقاليد مجتمعها، فلا تصلحها» مؤداه أن هذه المعايير هي من خلقهم، وأنها تتلون بميولهم في منطقة الرقابة على الشرعية الدستورية، وهي منطقة التصادم المحتمل بين جهة الرقابة على دستورية القوانين من جهة، والسلطتين التشريعية والتنفيذية من جهة أخرى.

### ثالثاً: ضرورة تطوير الدستور حقيقة قائمة

٦٨- بيد أن الذين يعارضون تطوير الدستور، فلتهم أن أحكامه مهيأة بالضرورة لأن يمتد تطبيقها إلى أجيال متباعدة، وعبر أزمان مختلفة، تتغير خلالها الأحداث والأوضاع التي تعاصرها.

فإذا لم تعرها انتفاجا جهة الرقابة القضائية على الدستورية، كان قضاؤها خطوة متعثرة فسي طرق وعرة، لا يصل منتهاها إلى الآفاق الجديدة التي تعانقها الجماعة، والتي يتحن توفيق نصوص الدستور معها، وعلى الأخص لأن تفسير هذه النصوص لا يجوز أن يزلق إلى أغوار سياسية لها نقلصها وأوزارها التي ينبغي تجنبها.

يؤيد ذلك أن الأصل في قضاء جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، هو ميلهم إلى الحق وإيمانهم بأن تطبيق حكم القانون، على ضوء نظرة متطورة، ليس تشبهاً من جانبهم، وأن تقييم النصوص القانونية المطعون عليها، لا يجوز أن يقتصر على رصد مثالبها، بل طبعهم أن يواجهوا السلطة التشريعية إلى أخطائها، وإلى ما ينبغي عليها أن تتخذه من التدابير لتوفيق تشريعاتها مع الأوضاع التي تعاصرها، ووفق القيم المتطورة للدستور<sup>(١)</sup>، وبمراعاة أن مفاهيم الحق والعدل مع توجهها، لا يزال تطبيقها لازماً وفق معايير بينتها صحيحاً لأوضاع خاطئة لا يجوز تجاهلها<sup>(٢)</sup>.

هذا فضلاً عن أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، وإن تقيدت بعناصر النزاع التي تنظرها، إلا أن عليها أن تحيط بالنصوص المطعون عليها من منظور يسعها فسي كثير من تطبيقاتها *Une large perspective*.

وما نظر الذين صاغوا الدستور، إلى النصوص التي تضمنها، باعتبارها جامدة فسي معاييرها وتوجهاتها؛ وأنها في كل تطبيقاتها صورة واحدة لا تتغير؛ وأن مفاهيمها أن تبدلها حقائق علمية

(١) Henry Brun Guy Tremplayn , <<Droit constitutionnel>>, 2e edition, 1990 p.206.

(٢) Willson <<Decision-making in the Supreme Court>>, 1986.36.U.T.L.J.227.

يجوز إغفالها، وعلى الأخص في مجال حرمة الحياة الخاصة التي صار انتهاكها بالوسائل العلمية خطيراً وخفياً.

وإنما كان إقرارهم للدستور تعبيراً من جانبهم عن خطوة محدودة الأثر، تتمثل في سعيهم لتحقيق آمال ارتباطوا بها، وتوكيدهم لقيم يرون صوابها، ويتخوفون من إجهادها، وعلى الأخص ما يتعلق منها بضرورة تقييد السلطة وتداولها.

بيد أن نظرهم هذه للدستور، ما كان لها أن تصوغ للحياة بكل أنماطها، ومع تطور صورها، وتعدد خبراتها، وتوعد قيمها، شكلاً ثابتاً يصبها في هيكل لا تتبدل تكون معها مقامع من حديد.

وما كان لنصوص الدستور من جهة ثانية، أن تفصل أحكامها تفصيلاً دقيقاً يحيط بكل أجزائها، وإلا كان رصد تفصيلاتها هذه في نصوص الدستور، مقتضياً توقعها ابتداءً، ومؤدياً لنهاة إلى انزلاق هذه للنصوص إلى أخطاء كان ينبغي تجنبها؛ وإلى تماحيها أحياناً فيما تعارض فيه. وهو ما ينلخص ما تتوخاه المناظر في الأعم من الأحوال، من إيجاز يحيط بالعريض من المسائل التي تنظمها، وإجمال لا ينفوس في تفصيلاتها، كي تقل صلادة -من خلال مرونة تطبيقها- عبر أجيال عديدة تتنوع اهتماماتها واحتياجاتها، وتتباين مقاييسها فيما تراه ملائمة لإنهاء مجتمعا.

كذلك فإن غموض نصوص الدستور في بعض جوانبها، لا يحول دون تطويرها، ذلك أن إنبهامها يجعلها أدنى إلى التفسير المرن، من نصوصه القاطعة في ألفاظها ومقاصدها.

ولا جرم في أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تتزعزع القيم التي ترجحها عند الفصل في المسائل الدستورية. ولكنها تبصرها وترجحها لأن مجتمعا يقتضيها، ولو استبطنها أحياناً من التنظيم المقلن، إذا كان شيعها بين الأمم المتحضرة دالاً على حيويتها وإنسانيتها، ودورها المتعالم في بناء الشخصية المتكاملة، وصون الحرية المنظمة.

هذا فضلاً عن أن معايير هذه القيم، تؤكد مرونتها وإمكان تطبيقها على نحو يوازن بين ما تراه الجماعة ضرورياً لضمان استقرار نظمها من جهة؛ وما يرتبط بتحقيق توقعاتها وإثرائها من ناحية ثانية.

ولا يدل من مشروعية الرقابة القضائية على الدستورية، وضرورة تطوير ملاحظها، أن تركن الجهة التي تباشر هذه الرقابة، إلى مقاييس العقل الجمعي التي تحدد للجماعة من جهة ضوابط سلوكها؛ ولا تعارض بطبيعتها- مفاهيم الحرية المنظمة التي تمثل من النظم السياسية قاعدتها من جهة ثانية.

كذلك فإن اعتماد الرقابة القضائية على الدستورية حتى بعض أحكامها- على الحقائق التاريخية، لا يعيبها. ذلك أن هذه الحقائق إما أن تكون جزوا للنصوص في الدستور؛ وإما أن تكون من إرهاباتها. وهي في الحالتين متصلة بهذه النصوص، سواء عند صياغتها، أو الإحياء بها.<sup>٢٠</sup>

والقول بأن لكل جماعة احتياجاتها المتنامية، وتطلعاتها المتجددة التي لا يتصور أن تبلغها إلا من خلال تعديل الدستور وفق القواعد الإجرائية التي ينص عليها، مردود؛ بأن تعديل الدستور عملية معقدة بطبيعتها تقوم على نوع من التوازن بين مراكز القوة السياسية والاقتصادية في بلد ما، وضرورة النزول على الحقائق الاجتماعية التي تلابس التعديل المقترح.

ولئن صح القول بأن الجماعة قد تطور بنفسها أوضاعها، سواء من خلال تعديل الدستور، أو عن طريق دمج أعرافها الجديدة في نظمها القائمة؛ إلا أن عملية التطوير هذه، تكون دائما وثيدة في خطاها، وقاصرة كذلك عن موجهة احتياجاتها بصورة متتامة، لتظل الجهة الأفضل في تطوير الدستور، هي جهة الرقابة على التشريعية الدستورية، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تقدم من خلال الخصومة القضائية، حولا آتية لأوضاع معيبة طال زمنها، فلا تكون هذه الحلول إلا تصحيحا لها، وإنهاء للأثار القانونية المترتبة عليها.

ثانيهما: أن القضاء الذين يباشرون هذه الرقابة، يلزمون أنفسهم بالحدود المنطقية التي تكل على تحوطهم، فلا يندفعون في مباشرة ولايتهم بما يجاوز حدود الاعتدال. وإما يقيدونها بأنفسهم بتقييدا ذاتيا Judicial Self- Restraint. وكثيرا ما يثبتون في أحكامهم ما يعتبر تراثا حضاريا لأمتهم، مرتبطا بمكانتها.

كذلك فإن تفسير جهة الرقابة على الدستورية، لنصوص الدستور تفسيرا ديناميكيا، يمنحها معان جديدة غير التي كانت عليها صورتها ابتداء، بما يطوعها لحقائق متغيرة، ويكفل توفيقها مع الأوضاع

الاجتماعية والاقتصادية والعلمية القائمة في الدول المحيطة بها، فلا يكون تقريبها لنصوص الدستور من هذه الأوضاع، إلا تعبيراً عن وجهها الصحيح Son vrai visage.

وكثيراً ما تكون قوة الدول الفيدرالية، علاوة إلى قضاة عظام أدركوا بفطنتهم وعمق ثقافتهم، أن تماسكها، وتحقيق التوازن بين وحدتها الإقليمية بما يكفل ترابطها؛ ولصهار مواطنيها في إطار كيان مجتمعهم ولا يفرقهم، مشروط بأن يظل دستور الاتحاد صامداً وحياً لأزمان مترامية. فلا يكون تطبيقه عبئاً على وحدتها الإقليمية؛ ولا مقلصاً من اختصاصاتها بصورة تدريجية ومطردة، ولا عائقاً بذاتية كيانها؛ ولا مضيقاً عليها فيما يدخل في ولايتها، ولا محيطاً باستقلالها بما يضعفها، وإلا صار خروجها من الاتحاد حلاً وحيداً لمشكلاتها.

وقد تكون جهة الرقابة على الدستورية مواجهة بأوضاع قومية طارئة لا نزاع في حداثتها. وعليها عندئذ أن تقرر الحلول الملائمة لها أخذه في اعتبارها ملامحها السياسية الضاغطة، وبمراعاة أن سلطتها في مجال تطبيقها لنصوص الدستور، أعمق في محتواها، وأبعد في اتساعها، من سلطتها في مجال تطبيق غير الدستور من فروع القانون، وعلى الأخص إذا كان أمر الرقابة على الشرعية الدستورية مركزاً فيها، تقبض دون غيرها، ويدها، على ضوابطها، وتقرر بنفسها مناهجها ولوائحها، فلا تظهر جهة الرقابة على الشرعية الدستورية إلا بوصفها سلطة تأسيسية دائمة Une constituante permanente<sup>(١)</sup> تعطي الدستور باطراد، معاني جديدة يتغير بها عن الصورة الأصلية التي أفرغ فيها<sup>(٢)</sup>. وبما يجعلها حكماً أعلى Arbitre Supreme في مجال تفسير نصوصه<sup>(٣)</sup>.

Une signification nouvelle que peut changer la portée originaire du texte constitutionnel.

(١) E.S. Corwin, The constitution, and what it means today, Princeton University Press, 1978, p.5.

(٢) P.Gerin-Lajoie "Du pouvoir d'amendement constitutionnel du Canada", 29 R. du B.can.p.1136.

(٣) حلت المحكمة العليا الكندية -وفي إطار ولايتها الاستثنائية- محل اللجنة القضائية للمجلس الخاص، وصارت حكماً نهائياً في مجال تفسير الدستور.

ولئن كان الدستور يتطور من خلال تعديل أحكامه، وكذلك عن طريق العمل، وبوثائق إعلان الحقوق، وبما يقرره المواطنون في مؤتمراتهم الدستورية؛ إلا أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، هي التي تغير بصورة رئيسية -عن طريق أحكامها- ملامح الدستور، فلا تتحفظ في مجال تفسيرها لقواعده، بل تعد بناءها بقدر الضرورة التي تواجهها، وبما يصون للدولة وحدتها وتكامل إقليمها.

وقد لاحظ القاضي ولرن Warren رئيس المحكمة العليا الأمريكية، أن تاريخ بلده لم تخطه فقط مبادئ القتال، ولا للقوانين الفيدرالية التي أقرها الكونجرس، ولا الجهود التي بذلها رؤساء الجمهورية المتعاقبين، وإنما دونه كذلك -إلى حد كبير- قضاء المحكمة العليا الذين صاغوا بأحكامهم منهاجاً فريداً لنقمتها<sup>(١)</sup>.

وما يصدق على المحكمة العليا، يصدق كذلك -وبالقوة ذاتها- على المحكمة الدستورية العليا في مصر، التي تقرر في أحكامها أن نصوص الدستور لا يجوز أن ينظر إليها بوصفها هائلة في الفراغ؛ ولا التعامل مع القيم التي تحتضنها باعتبارها غير مرتبطة بواقعها الاجتماعي.

وإنما يتعين دوماً أن تحمل مقاصدها على ضوء أغراضها النهائية؛ وبمراعاة أن الدستور وثيقة لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية؛ وأنها في حقيقتها لا تصد عن مجتمعها الأسبق للرجعة التي يقتضيها تطويره.

ولا يجوز بالتالي أن تفسر نصوص الدستور باعتبارها حلاً نهائياً لأوضاع اقتصادية عفا الزمن عليها.

فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بقلية سكوت لبصارها، إلا حرثاً في البحر، وإغفالاً لحقيقة أن نصوص الدستور لا يجوز عزلها عما يفترض فيها من انسباق مع الأوضاع المعاصرة لتطبيقها، وبما يوفق بين مضمونها، والآفاق الجديدة التي ينبغي أن تبذلها<sup>(٢)</sup>.

(١) A.Tunc et S. Tunc, le système constitutionnel des Etats - Unies d'Amérique, Tome 2, Paris 1954, p.483.

(٢) راجع في ذلك "دستورية عليا" -للقضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية- جلسة ١٩٧١/٤- قاعدة رقم ١٤ -ص ٨٩ المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة أول فبراير ١٩٩٧- القاعدة رقم ٦/٢٢ -ص ٣٤٩ من الجزء الثامن.

### الفصل الثالث

#### بين تطوير نصوص الدستور، وطرح الفراغ فيها

٦٩- على أن تطوير نصوص الدستور من خلال موالاة النظر فسي معانيها على ضوء الأوضاع المتغيرة التي تقارن تطبيقها، لا يجوز أن يختلط بالأحوال التي تتخلى فيها هذه النصوص -وبالنظر إلى اكتنفاتها بأصول موضوعاتها أو كلياتها دون الإغراق في تفصيلاتها- عن تنظيم بعض المسائل الدستورية بطبيعتها، فلا يكون إغفالها لهذا التنظيم، غير فراغ يحيطها، مقتضيا بيان حكمها باعتبارها مسائل مسكونة عنها.

ومواجهة هذا الفراغ، هي الصورة الثانية التي يتخذ فيها تطوير الدستور شكلا مغايرا. ذلك أن هذا التطوير؛ إما أن يتعلق بنصوص دستورية قائمة، مستهدفا تقييها إلى حقائق العصر التي تمايشها لوقد سبق بيان هذه الصورة وإيضاح حكمها؛ وإما أن يتعلق بتطوير الدستور بمنطقة خلا من تنظيمها، وهذه هي الصورة الثانية التي نعرض لها الآن، وهي بعد صورة عريضة فسي لتساعها، بالنظر إلى الفروض التي تشملها، وأهمها:

أ- أن أصول المسائل التي ينظمها الدستور، تمتد لفروعها وتشعها كذلك، فلا يجسوز فصل الأصول عما يتصل بها من الفروع. فإذا أغفل الدستور بيان حكم هذه الفروع، تعين الرجوع إلى الأصل الذي يحكمها ليفي عليها ليس فقط بالضمانة الدستورية المقررة للأصل، وإنما كذلك ليسينغ على فروعها جميعها، معانيها على تقدير أن هذه الفروع اشتقاق من أصلها، وأن الأصل هو الذي أنتجها.

ب- أن فروع بعض المسائل التي يتضمنها الدستور، لا يجوز فهمها بعيداً عن أصلها. ويتمين بالتالي ربط الفروع بأصولها حتى تستقيم معانيها وتتحدد الفكرة الكلية التي تجمعها.

ج- أن بعض قواعد الدستور، قد تكون واثية بحقوق غير التي كلفتها، فلا تكون هذه الحقوق الجديدة إلا من قبضها. وفي ذلك تطوير للدستور من خلال اتساع الدائرة التي ينسبط عليها.

وفيما يلي تفصيل ما تقدم:

### المبحث الأول

#### أصل ترند إليه الفروع التي يجمعها

٧٠- قد لا ينظم الدستور فروع بعض المسائل الدستورية، مكتفياً ببيان أصل القاعدة التي

تجمعها.

ولأن ما يعتبر أصلاً، يمثل من الفروع التي ينتجها، القاعدة الكلية التي تحيط بها فإن تخرج الفروع على هذا الأصل، يردها إلى إطاره. فلا تحظى هذه الفروع بكل من الحماية ذاتها التي يقرها الدستور لأصلها، ولا تنزل معانيها عن الأصل الجامع لها.

أ. فالحرية الشخصية التي كفلها الدستور ليس لها من نفسها، ما يعصمها من تنظيمها، تقديرًا بأنها تنتشر من خلال اتساعها دون عائق، وأن القول بامتناع بتقيدها، مؤداه تمردتها على الحدود المنطقية لممارستها، وهو ما ترفضه المحكمة الدستورية العليا فيما قرره من أن ضمان الحرية، لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها. ذلك إن الحرية تفيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائرة Arbitrary Restraints، وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها<sup>(١)</sup>.

بيد أن هذه الحرية للمعتبرة بنص الدستور من الحقوق الطبيعية، هي التي تنفرد عنها حرية التعاقد وتدخل ضمن مشمولاتها، وإليها تمتد ضماناتها. ذلك أن نطاق الحرية للشخصية لا يقتصر على ضرورة تأمينها ضد صور الدوان على البدن التي تتعد أشكالها، وإنما تتدرج تحتها إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل فرد على صعيد الحسود التي يدخل فيها، أيا كان موضوعها<sup>(٢)</sup>.

ب. ولأن الحرية للشخصية هي التي تحرك الحياة بكل مناحيها وطرائقها، فقد غدا منطقياً أن ترند إليها كل الحقوق التي لا تكفل هذه الحرية في غيبتها، ومن بينها حق الشخص فسى أن يتخذ

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) "القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٧٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٠ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ولذا، إذ هو فرع من الحق في تكوين أسرة يظلها الدين والأخلاق، بما يرضى لهذه الأسرة طبيعتها الأصل.

كذلك فإن الدخول في أسرة ما، يفترض اختيار من ينضمون إليها وينصهرون فيها، متخذين منها محورا لحياتهم، وإطاراً لأعقى خواصها، وما ينبغي أن يسودها من مظاهر المودة والرحمة<sup>(١)</sup>.

ومن ثم كان مدخلها، الحق في اختيار الزوج بإرادة حرة واعية، باعتباره الطريق إلى تكوينها. ولا يجوز بالتالي التدخل تشريعياً في إطار العلائق الزوجية للحد من فرص الاختيار التي تتشكّلها، ما لم يكن ذلك لمصلحة جهرية لها ما يظاهاها<sup>(٢)</sup>.

جـ. كذلك فإن الحق في تكوين أسرة ترعى قيمها وطبيعتها الأصل، لا ينفصل عن ضرورة صونها >>على امتداد مراحل بقائها، بما لا يخل بوحشتها، أو يؤثر في ترابطها أو يؤدي إلى تفتيتها، وتمزيق أوصالها>>.

وعن هذا الأصل، يتفرع حق كل من الزوجين في الحصول على إجازة من عمله، كي يرافق الزوج الآخر الذي لأن له بالسفر إلى الخارج، وطوال المدة التي يقضيها بعيداً عن بلده<sup>(٣)</sup>.

د. وامتناع مجاوزة العقوبة لموازين اعتدالها، سواء من خلال قصورها أو امتناعتها قima اجتماعية ثابتة، أو عن طريق توقيعها أكثر من مرة في شأن الأعمال عينها، وكذلك حظر إيذاء الشخص منديسا أو معنوياً، أو تعذيبه بأية صورة، أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه الحر، جميعها

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا أن إرادة الاختيار ينبغي قصر مجال عملها على ما يكون مرتبطاً بذاتية الإنسان في دائرة تبرز معها ملامح حياته وقراراته الشخصية في أدق توجهاتها -القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) ومن بين هذه المصالح الجوهرية، مراعاة التكافؤ الاجتماعي بين الزوجين، وضرورة توثيق عقد الزواج لترتيب آثاره. أنظر في العلاقة بين الحرية الشخصية وحق اختيار الزوج، قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ١٨/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٨ من ٥٦٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) القضية رقم ٣٢ لسنة ١٥ قضائية دستورية جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ من ٢٩٧ وما بعدها من الجزء السابع. ولا يجوز بالتالي فرض قيود زمنية على المدة التي يرافق خلالها أحد الزوجين لأخر طول مدة وجود الزوج الآخر في الخارج. (أنظر في ذلك القضية رقم ٧٧ لسنة ٢٣ قضائية دستورية المحكوم فيها بجلسته ١١/٢/٢٠٠٢، وهو حكم لم يشر به).

فروع الحرية الشخصية التي لا يجوز أن تنال منها صور من العدوان على البدن لا ميرر لها؛ ولا تقييداً بغير الوسائل القانونية التي يقتضيها الدستور أو المشرع<sup>(١)</sup>.

هـ. والنص في الدستور على أن الجريمة وعقوبتها لا يجوز إحداثها إلا بناء على قانون، إنما يتوخى ضمان مشروعيتها، فلا يؤخذ أحد بجريمة كان غير مندر بتجنيها، ولا بأفعال كان إتيانها سابقاً على تأميمها.

بيد أن الحرية الشخصية، وإن أخل بها القانون الجنائي الأسوأ وقعا على المتهم، فلا يكون هذا القانون رجعيًا، إلا أن هذا القانون يعمل به منذ صدوره كلما كان ثالياً لوقوع الجريمة، وكان أرفق بالمتهم من خلال العقوبة التي فرضها، سواء بالنظر إلى محتواها أو أوصافها أو مبلغها *de peins Le contenu, les modalités et le quantum* بما يبطلها أكل بأما في مجال مقارنتها بقانون كالم سابق عليها، وعلى تقدير أن وزن العقوبة إنما يتحدد على ضوء أثرها على مركز المتهم عند تطبيقها عليه.

وتلك هي قاعدة القانون الأصلح للمتهم التي لا تعتبر استثناء من قاعدة حظر رجعية القوانين الجنائية، ولكنها تحازيها وتوازنها. وكلتاها فرع من الحرية الشخصية.

ذلك أن المفاضلة بين القوانين الجنائية الموضوعية *De fond* التي نفاؤها ببعضها لتحديد أصلها للمتهم وبافتراض اتساقها جميعاً مع الدستور، وتزاحها على محل واحد، وتفاوتها فيما بينها في عقوباتها - لا تتم إلا على ضوء ما يكون منها أصون للحرية الشخصية وأحفظ لجوهرها، فلا نعتد إلا بما يكون من بينها كافلاً لإنهاء القيود عليها أو تخفيفها.

بما مؤده ضرورة تطبيق قاعدة القانون الأصلح - ولو خلا قانون العقوبات منها - بوصفها ضماناً دستوريًا لا يجوز التغريط بها، وهي بعد من نوع الضمانة التي كفلها الدستور للحرية الشخصية<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية" جلسة ١٩٩٢/١/١٤ المجلد الأول من الجزء الخامس

(٢) القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية" جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ - قاعدة رقم ٢٧ - ص ١١٠ وما بعدها من

و- كذلك فإن حق الأشخاص جميعهم -سواء بأنفسهم أو عن طريق أوليائهم أو أوصيائهم- في اختيار نوع وقدرة التعليم، الأكثر اتفاقاً مع ميولهم، ولتقرباً من مداركهم وملكاتهم، فرع من الحق في التعليم، وهو حق كفله الدستور أصله، باعتباره نبض الحياة وقوامها على ما قرره المحكمة الدستورية العليا في عديد من أحكامها<sup>(١)</sup>.

ز- والحق في النفاذ إلى المعاهد التعليمية، بمراعاة الشروط الموضوعية للقبول بها، يعتبر مشتملاً بالضرورة على حق الانتفاع بمرافقها وتسهيلات وخدماتها بقدر اتصالها بالعملية التعليمية في ذاتها، وضمانها تكامل عناصرها.

ذلك أن الاعتبار الأظهر في المعاهد التعليمية، وإن كان عائداً أصلاً إلى خصائص مناهجها أو مستوياتها، وكفاءة الهيئة التي تقوم بتدريسها، وكثرتها على التأثير في طلبتها وجذبهم إليها، إلا أن الانتفاع بمرافق هذه المعاهد وخدماتها وتسهيلات، لا يقل شأناً عن دور مناهجها وطرق تدريسها في النهوض برسلتها، واستثارة اهتمام طلبتها ووعيمهم.

ولا يعدو هذا الانتفاع بالتالي، أن يكون ضرورة يقتضيها الحق في التعليم، وتتطلبها للشروط التي يكون التعليم في كنفها أكثر ثراءً وحيوية<sup>(٢)</sup>.

ح- وحق العامل في الانضمام إلى المنظمة النقابية التي يطمئن إليها، واختيار واحدة أو أكثر من بينها حال تعددها ليكون عضواً فيها؛ وإعراضه عنها جميعها، فلا يلجأ لها من أبوابها، فضلاً عن الحق في إنهاء عضويته في نقابة مقيد بها؛ جميعها فرع من الحرية النقابية التي أرسنها النظم الديمقراطية في اتجاهها إلى تعميق قاعدتها.

ذلك إن الديمقراطية النقابية التي كفلها، وأقام صرحها نص المادة ٥٦ من الدستور، هي التي تطرح بمقاييسها ووسائلها وتوجهاتها، نطاقاً للحماية يكتل للقوة العاملة مصالحها الرئيسية، ويبلّج إرادتها، وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود؛ ولأنها تعتبر مقترضا أولياً لوجود حركة نقابية تستقل بذاتها ومناحى نشاطها؛ وبها يكون العمل النقابي إسهاماً جماعياً لا يتمحض عن انتقاء حلول بذاتها

(١) الحكم الصادر في الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٧/١٩٤ - من ١٩٤ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق.

تستقل بتقديرها، وتعمل من أجل فرضها لثقة أيا كان صحتها أو عدوليتها، فلا تكون وصايتها على خصومها أمراً مقبولاً<sup>(١)</sup>.

ط. وضمان الدستور بنص المادة ٤٧، حرية التعبير عن الآراء، والتمكين من تلقيها وعرضها ونشرها، سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها وتكوينها وغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحول المفتوح إلا في نطاقها.

ويدونها تفقد حرية الاجتماع مغزاها وصور وجودها؛ وبها يكون الأفراد أحرارا لا يتجهيرون موقفا، ولا يترددون وجلا، ولا يحصمون بغير الحق طريقا.

وعنها يتفرع الحق في افتتاح قنولاتها عبر الحدود الإقليمية للدول على اختلافها؛ وكذلك الحق في ألا يكون الحول إسملا مفروضا بقوة القانون؛ وألا يكون التراجع على مقاعد المجلس النيابية ولقما في دائرة محدودة ألقاها، تتضامل معها فرص الاختيار بين المرشحين؛ وألا يكون الحق في انتقاد القائمين بالعمل العام محاطا بأغلال غايتها إخفاء أخطائهم أو طمسها وسد الطريق إلى تعريضها.

بل إن حرية التعبير يعرضها أن ينطلق الطريق إلى الإبداع في الطوم واللغون، فلا تفتح أبوابها على مصارعها<sup>(٢)</sup>.

ى- كذلك فإن حق المواطنين في الحصول من الدولة، على الوسائل الملائمة التي تعينهم على معاشهم Droit à des moyens convenables d'existence، فرع من الحق في الحياة.

(١) "مستورية عليا" قضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" جلسة ١٥/٤/١٩٩٥ -قاعدة رقم ٤١ - من ٦٣٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "مستورية عليا" قضية رقم ١٧ لسنة ١٤ قضائية "مستورية" جلسة ١٤ يناير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ٣٢ - من ٤٤٠ وما بعدها من الجزء السادس. ويلاحظ أن الدستور كل بنص المادة ٤٨ منه حرية الإبداع وإجراء البحوث العلمية. ولو لم يكن الدستور قد نص عليها، لكان ضمانها مندرجا في إطار الحماية التي يكفلها الدستور لحرية التعبير.

### المبحث الثاني

#### فروع يجمعها أصل واحد

٧١- من النصوص التي يتضمنها الدستور، ما يعتبر من قبيل الفروع لأصل أغفل بيانه.

ولأن الأصول تنتج فروعها ولا تغوص فيها وتقتصر بها، فقد تعين القول بأن كل أصل هو القاعدة الكلية لكافة فروعها، ليمنح الأصل فروعه هذه، معانيها وليحدد كذلك الإطار العام لتلك الفروع، فلا تعمل بعيدا عن أصلها لأنها من قبضه. ولا يتصور بالتالي أن تتلخص الفروع أصلها، ولا أن تجافيه. ومن ثم كان إلحاقها بأصلها مؤد إلى فهمها بطريقة أفضل.

أ- فحق الفرد في أن يؤمن ضد صور الاعتقال والقبض غير المشروع، فرع من تكامل شخصيته وضمان آدميته وكرامته.

ب- وشخصية المسؤولية الجنائية التي أغفل الدستور النص عليها، أصل للنص المادة ٦٦ منه التي تقرر شخصية العقوبة. ذلك أن وطأة الجريمة لا يجوز أن يتحملها غير من ارتكبها. فلا يؤاخذ بالجريمة غير جانتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها وأثم عليها واعيا بنتائجها. فلا ترتبط شخصية العقوبة بغير من يكون قانونا مسؤولا عن الجريمة، سواء بوصفه فاعلا لها، أو شريكا فيها<sup>(١)</sup>.

جـ. والحق في التنقل من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز التقييد فيها. وقد كفله الله تعالى في قرآنه بقوله: "هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها". ويقول "هو السذي جعل لكم الأرض، بباطل لتسلكوا منها سبلا فهاجا"

وهو أصل للفروع المنصوص عليها في المادتين ٥١ و٥١ من الدستور، اللتان تحظران حرمان للمواطن من الإقامة في جهة بذاتها، أو حمله على التوطن فيها إلا في الأحوال التي يبينها القانون؛ ولا تجيز إبعاده عن بلده أو منعه من العودة إليها، ولو كان ذلك تدبيرا احترازيا لمواجهة خطورة

(١) القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٥ - ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

إجرامية<sup>(١)</sup>. كذلك تحيل المادة ٥٢ من الدستور إلى القانون لتنظيم حق الهجرة إلى الخارج، سواء في ذلك ما كان من صورها دائما، أو مؤقتا.

فهذه الحقوق جميعها المنصوص عليها في المواد المشار إليها، فرع من الحق في التنقل الذي يراه كثيرون ولغا في نطاق القيم العليا للجماعة؛ متصلا بمفهوم الحرية التي لا يجوز تقييدها بغير الوسائل القانونية التي يقتضيها الدستور أو المشرع؛ وكذلك بالحق في الاجتماع لتبادل الآراء وتلقيها وبثها؛ وبحرية الصحافة التي يتعذر عليها أن توفر لقراءها مواد محايده حقا محرروها بغير ضمان حقهم في التنقل. وغدا هذا الحق بالتالي امتيازاً لكل مواطن في إطار النظم الديمقراطية، كإفلا تردده على كل جهة يريد للتعامل معها، أو عرض شؤونه عليها<sup>(٢)</sup>.

د. كذلك فإن حق المعاهد العلمية في ضمان استقلالها ماليا وإداريا، فرع من حريتها في إجراء البحوث العلمية التي يقتضيها نشاطها، فلا تتنقل أو تنقلص دائرة الإبداع في دائرتها.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٢/٣/١٤ - قاعد رقم ٢٨ - من ٢٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) Antisa, Modern Constitutional law, volume 1, 1969, pp.256,258.

### المبحث الثالث

#### نصوص في الدستور تشرح لحقوق لا نص عليها فيه

٧٢- كثيرا ما يدل إيمان النظر في بعض الحقوق التي نص عليها الدستور، على أن عَالَمها، أو ما وراعاها من القيم، وتتوخاها من الأغراض، متوافرة في غيرها من الحقوق التي لا نص عليها. فلا تكون الحقوق المنصوص عليها، إلا مفضية إلى حقوق جديدة لم يقرها الدستور.

وبها تمتد الدائرة التي تسعها أحكامها، فلا تنحصر في تلك التي نص صراحة عليها. وإنما تتمتع فيها كذلك الحقوق التي كفلها ضمنا -تتلو جميعها على ما سواها- بما يحول دون تتخلل المشرع لتحريفها.

وأية ما تقدم، أن الدستور قد يورد نصا صريحا في شأن حرمة الحياة الخاصة، وقد يتجاهلها مكتفيا بنصوص أخرى تدل عليها، من بينها حق الأفراد في الاجتماع بصورة سلمية وبغير تدخل من السلطة؛ وفي تأمين أشخاصهم ودورهم وأورقهم وممتلكاتهم في مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر؛ وكذلك حق المتهمين في ألا يكونوا شهداء على أنفسهم، توكيفا لإدلائهم -جبرا عليهم- بأقوال قد تكذيبهم.

ذلك أن هذه الحقوق جميعها، غايتها ضمان اطمئنان أصحابها لأن تكون خواص حياتهم بعيدة عن اقتحامها بما يخل بحرمتها. شأنها في ذلك شأن اتصالاتهم البريدية والبرقية والهاتفية التي يبنفس ضمان سربيتها والامتناع عن اختراقها، وعلى الأخص من خلال الومائل العلمية الحديثة التي بلغ تطورها حدا مذهلا؛ وكان لتناميها بإمكاناتها المتطورة، أثر بعيد على الناس جميعهم حتى فسى أدق شؤونهم، بما جعل اختلاس بعض جوائنها وصولا لأغوارها، نهبا لأعينها وآذانها<sup>(١)</sup>.

وما تنص عليه بعض الدساتير أو الوثائق من تخويل المضطهدين من أجل دفاعهم عن قضايا الحرية في بلادهم، حق اللجوء إلى دول أخرى للحصول على ملجأ فيها، يعتبر واشيا بالحق في الحرية للشخصية وبالحق في الحياة.

(١) دستورية عليا القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ -قاعدة رقم ٨٠٧٠٦/٣٨- ص ٥٦٢ - الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

كذلك فإن حظر الدستور لكل صور الاستغلال، يرشح لحق الفرد في ألا يكون رقيقاً، وألا يساق إلى أشكال الدعاية على اختلافها، وألا يحمل على عمل لا يرضاه ما لم يكن أدلوه وفقاً للقانون، ومطلوباً لمواجهة حالة طارئة، وتكلفاً لتحقيق نفع عام، وبمقابل عادل<sup>(١)</sup>.

وحق الفرد في الوجود متقاسماً مع الجماعة التي يعيشها، وبما يشد وثاقه بها، مقضى للحق في تقرير المصير. وحق المواطنين في السيطرة على مصادر الثروة في بلدهم واستغلالها وفق نظم تكفل مساعدتهم، ينصح عن الحق في تنمية هذه الموارد دون تدخل من أحد.

وضمنان نصيبهم العادل في الناتج القومي، ليس إلا إيماء وتوكيداً لحقهم في العمل، وبضرورة صون حقهم في الملكية بمراعاة وظيفتها الاجتماعية.

وحقهم في الإسهام الحر في الحياة الثقافية لبلدهم، مؤثر لحقهم في فرص التعليم وفق مبادئهم. وعلى ضوء ميولهم.

وحقهم في صون كرامتهم، وثاقه امتثالها، وعلى الأخص من خلال إخضاعهم لعقوبة تنقسم بمسئولياتها، أو بحملها من أزميتهم، فلا يكون فرضها عليهم حقاً، بل محظوراً.

ومسؤولياتهم في الضريبة، إرهاباً بتكلفتهم في الحماية القانونية فيما سواها من الأعباء المالية.

وبناء الأسرة المصرية بمراعاة طلبها الأصل، وعلى ضوء قيمها وتقاليدها في مجتمعها، مؤد الحق في تأسيسها على الخلق والدين.

والنص في الدستور على أن تقدم الدولة خدماتها الثقافية والاجتماعية والصحية للقرية بما يكتل يسرها وانتظامها، كإثبات ثبوتها كذلك لأهل كل مدينة بما لا يقل عن مستوياتها في القرية.

والحق في تلقي العلوم من أوليها، وإثبات الحق في تلقيها الآخرين وتسميتها وتقييمها.

(١) انظر الفقرة الثانية من المادة ١٢ من دستور جمهورية مصر العربية.

### الفصل الرابع

#### الرقابة القضائية على الدستورية: ضرورتها

٧٣- تنتم الدساتير المعاصرة بتبنيها في مجمل أحكامها، قواعد تقوم على تخويل كل سلطة حقوقا صريحة أو ضمنية من جهة؛ وعلى تقييدها من خلال بيان تخومها من جهة ثانية.

بل إن موقفها من تقييد السلطة، يعتبر من أهدافها الأولية أو المبدئية التي لا تحيد عنها.

ولقد كان احتكام المواطنين إلى هذه القيود، وطلبهم فرضها على المخاطبين بها، لبناء كيان أفضل لمجتمعهم، قاطعا بهمزم إيجاد شكل من أشكال الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، غايتها ضمان سيادة الدستور، على تقدير أن أحكامه مجرد هياكل لنظام الحكم فيها ولحقوق الأفراد وحررياتهم، تقتصر على بيان خطوطها الرئيسية بغير خوض في تفصيلاتها Skeleton Clauses.

مما دعا جهة الرقابة على الدستورية لأن تكفي هذه النصوص لحماها، وتلقى عليها لباسها. خاصة وأن نصوص الدستور لا تعتبر نافذة بذاتها في الأعم من فضلا عن أن غموض معانيها فسي كثير من مواضعها، يقتضى تدخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية لإيضاحها ومواجهة قصورها، مما أشاع القول بأن الدستور وإن كان نقطة البداية التي تركز عليها هذه الجهة في عملها، إلا أن اجتهاداتها هي الدستور ذاته، فلا تكون شروحها للدستور إلا محيطة بكل جوانبه، وكأنها وثيقة جديدة مضافة إليه.

وصار صحيحا ما نراه اليوم من أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تمثل من النظم الدستورية -مع تعددها وتباين أشكالها- جوهر ملامحها.

وحتى الدساتير التي كان موقفها من هذه الرقابة مترددا، أدرجتها فسي صلبها بعدد إيمانها بحيويتها، واقتتاعها بضرورتها، وتعاضد دورها في مجال ضمان تقييد السلطة بالضوابط المفروضة على نشاطها.

ولم يكن إرساء جهة الرقابة القضائية لقواعد الشرعية الدستورية، انتزاعا لاختصاص غير ثابت لها، بل جزءا من عملية تفسير الدستور وتطبيقه في نزاع مطروح عليها، ابتغاء فرض قواعد على المخاطبين بها.

ولم يعد مقبولاً القول بأن الدول التي تأخذ بالرقابة القضائية على الدستورية، هي صانعتها. وإنما الصحيح هو أن احتضانها لها قد تحقق بوصفها حجر الزاوية في بنية النظم الدستورية جميعها  
 .The Cornerstone of the constitutional edifice

هذا فضلاً عن أن نصوص الدستور التي لا يُخل المخاطبون بها على تنفيذها، لن تزيد عن مجرد طبول جوفاء يقرعها أصحابها في بقاء مقرة، فلا يسمعون أحد.

### أولاً: قانون الخصومة الدستورية

٧٤- وإذا كان قانون الخصومة الدستورية، هو الدستور؛ وكان تطبيق هذا القانون يقتضى إطاراً ما سواه من القواعد القانونية التي يتصل تطبيقها بالنزاع المعروض على الجهة القضائية، عملاً لمبدأ تدرج النظم القانونية في البلد الواحد؛ فقد تعين أن يكون الدستور هو القانون الأعلى، خاصة وأن أحكامه لا تحدثها إرادة تفوقية أو انتهائية تطو فوق للمواطنين وتقتسمهم، ولكنهم يصوغونها بأنفسهم قاصدين بها أن تكون إطاراً لحياة أفضل في قيمها ووسائلها.

ولم يكن ما قرره جون مارشال رئيس المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Marbury V. Madison*، من أن الدستور كقانون أساسي، لا يجوز أن تحيه قاعدة تناقض أحد أحكامه؛ وأن من اختصاص المحاكم جميعها؛ بل ومن واجبها كذلك، أن تقرر بنفسها ما هو القانون في نزاع معين<sup>(١)</sup>؛ لم يكن ما قرره من ذلك صرخة في الفضاء العريض، ولا هو ابتداء غير مسبوق، بل تأكيد لحقيقة قانونية لا نزاع فيها تقتصر دور المحكمة العليا الأمريكية على مجرد إعلانها.

وتبدو أهمية الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بصورة أكثر وضوحاً في الدول الفيدرالية التي ينظم دستوراً حقوق مواطنيها وحرياتهم على امتداد ولاياتها أو مقاطعاتها أو كانتوناتها من جهة؛ ويركز كذلك على تخوم العلاقة بين الحكومة المركزية ووحداتها الإقليمية هذه.

ذلك إن تفسير جهة الرقابة القضائية لمستور الاتحاد بصورة متحفة ومتوازنة، هو الذي يحفظ للعلاقة بين الحكومة المركزية ووحداتها الإقليمية تماسكها، ويكفل ازدهارها، ويقيم تعاوناً وثيقاً بينها، لا يخل بالقيود اللازمة لسلطة كل منها.

(١) *Marbury v. Madison*, U.S. [1 cranch] 137 (1802).

فلا تبسط إحداها بعدما لا تتراجع اختصاص ليس لها، بل تعمل جميعها في إطار منظومة متكاملة، لكل منها -في نطقها- حقوقها التي تصونها جهة الرقابة القضائية، وواجباتها التي تلزمها بها، كى يظل الاتحاد صامدا عبر أعاصير التنازع والتناحر وتناقض المصالح، فلا يتداعى متهاويا متصدعا.

ومن المحقق كذلك، فإن الرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تجعل الدستور أكثر من مجرد وثيقة تبلور قيما خلقية سياسية *Maximes of political morality*.

ذلك إن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تفصل في كل خصومة قضائية يثار فيها مخالفة قاعدة قانونية للدستور.

وغدا صحيحا القول بأنه لا دستور بغير رقابة قضائية، ولا رقابة قضائية مجردة من سلطة إلزام المشرع بالقيود التي تضمنها الدستور.

بل إن هذه الرقابة هي الضمان الوحيد لإنفاذ هذه القيود بما يجعلها جزءا من بنية الدستور  
The Sine qua non of the constitutional structure.

#### ثانيا: الرقابة على الدستورية في الدول الفيدرالية

٧٥- وفي الدول الفيدرالية، تمتد الرقابة القضائية إلى القوانين الصادرة عن ولاياتها للفصل في تطابقها أو تعارضها مع دستور الاتحاد، على تقدير أن هذا الدستور هو القانون الأعلى في كل أجزائها<sup>(١)</sup>؛ وأنه لا يجوز أن تنظر كل ولاية إلى نفسها بوصفها كيانا سياديا لا يتقيد بغير دستورها المحلي. بل إن هذه الرقابة هي التي تكفل سمو القوانين الاتحادية على قوانين الولايات، وعلو دستور الاتحاد على اللوائح المحلية، بما يصون وحدة الدولة ويعزز مكانتها.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، لم تقبل بعض ولاياتها تدخل المحكمة العليا الفيدرالية في قراراتها من خلال مباشرتها لولايتها الاستثنائية؛ وكان موقفها ضربة قاصمة لبنيان الدستور، إلا أن المحكمة العليا الفيدرالية ألزمتها بتنفيذ أحكامها مقرر أن رقابتها على الشرعية الدستورية، تقتضيها إخضاع كل ولاية لقواعد هذه الرقابة بوصفها مترعة بالضرورة عن واجبها في ضمان فعالية دستور الاتحاد كوثيقة مدونة توزع السلطة فيما بين الحكومة المركزية ولاياتها؛ ولأن السيادة الوطنية لا تصونها إلا المحكمة الأعلى في بلدها من خلال تطبيقها لنصوص القوانين الفيدرالية على أعمال

(١) Fletcher v. Peck, Lo U.S (6 cranch) 87 (1810).

الولاية، وإلزامها بالحدود التي رسمها لها دستور الاتحاد، فلا تكون تشريعاتها أو قراراتها أو أحكامها مناقضة لقوانين الولايات المتحدة ومعاهداتها ودستورها.

وفي ذلك يقول جون مارشال: "لو نظرنا إلى طبيعة الاتحاد وأغراضه، ومحصنات المبادئ العظيمة التي قام عليها بديان الدستور، فإن النتيجة التي نستخلصها والتي لا مفر من التسليم بها، هي أن للمحكمة الأعلى لهذه الأمة، هي التي ينبغي أن تعتمد لها ناصية الأمر في مجال مراجعتها قضاء المحاكم المحلية فيما يمس الأمة في مجموعها" (١).

Let the nature and objects of the Union be considered, let the great principles on which the constitutional framework rests be examined, and the result must be that the Court of the nation must be given the power of revising the decisions of local tribunals on questions which affect the nation.

والقول بأن السلطة التي تمتلكها جهة الرقابة على الدستورية في الدول الفيدرالية، والتي تُخضع بموجبها قوانين كل ولاية أو مقاطعة لرقابتها، تناهض الروح الحقيقية للاتحاد، فلا يظهر مترابطاً في أجزائه، ولا متوافقاً في اتجاهاته؛ مردود أيلاً بأن الوظيفة الأساسية لجهة الرقابة، لازمها أن ترد النصوص القانونية جميعها إلى الدستور، وأن تبطل كل قانون أو قرار يخل بالحدود التي رسمها لكل ولاية أو مقاطعة.

ومردود ثانياً بأن السيادة الوطنية يستحيل ضمانها بصورة هادئة داخل الدولة الفيدرالية، (إلا عن طريق تحقيق توازن في بنيان الدستور بين سلطاتها المركزية والإقليمية؛ ومن خلال جهة للرقابة القضائية على الدستورية تكون حكماً بينها، ولا يكون قرارها في المسائل الدستورية لتتسبب تطرح عليها، (إلا قولاً فصلاً، بما يجعلها السلطة النهائية في تفسير الدستور.

٧٦- وحتى في غير الدول الفيدرالية، فإن قضاء المحاكم في الخصومة الدستورية، يحوز أصلاً قيمة أدبية كبيرة. وللقوة القانونية التي تكتسبها أحكامها، قد سقطها السلطة التفتيشية العائية التي أغرقتها قوتها المتزايدة بأن تحدد تارة بنفسها نطاق المعونة المالية التي تمنحها السلطة القضائية كي تعينها على إدارة عدالة مقكرة، وأن تتدخل طورا آخر في عملها إلى حد تجاهلها لقراراتها بالرغم من قيمتها المعنوية الناجمة عن دعم للمواطنين لها.

(١) Cohens. v. Virginia, 19 U.S. (6 wheat) 264 (1821).

ولم تسلم جهة الرقابة على الدستورية في هذه الدول من تدخل السلطة التشريعية في شئونها، سواء من خلال تحديد طرائق هذه الرقابة وإجراءاتها؛ أو عن طريق القواعد التي حددت بها لجهة الرقابة كيفية تشكيلها وقواعد تنظيمها الداخلي؛ وإن ظل مطلوبا ولازما، ألا يصل هذا التدخل في منتهاه، إلى حد اقتلاع جهة الرقابة، أو إزالتها، أو الإخلال باستقلالها وذاتية كيانها؛ أو إلى حرمان الأفراد من فرص الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم التي كفلها الدستور، وعلى الأخص في مجال اعتراضهم على الاحتجاز غير المشروع لأبدانهم.

### ثالثا: أهمية الرقابة على الدستورية بشكل عام

٧٧- وزاد من أهمية الرقابة على الدستورية، تحول في مفهوم الديمقراطية، لم تعد به ديموقراطية بالتقنون La démocratie par la loi بل ديموقراطية بالمستور La démocratie par le دستور constitution.

كذلك كان التركيز في بنية الدستور -وحتى فترة قريبة- دافراً حول مبدأ فصل الأفرع التي تباشر السلطة عن بعضها البعض، ودون إخلال بحقوق الأفراد وحرياتهم التي كان ينظر إلى ضمانها باعتباره نتيجة مترتبة بالضرورة على تقييد السلطة من خلال تقاسم مظاهرها بين الأفرع التي تمارسها.

وحتى للفقهاء وإن اختلفوا حول أفضلية النظام البرلماني على الرئاسي، وما إذا كان فصل أفرع السلطة عن بعضها، ينبغي أن يتسم بالمرونة أو بالجمود، إلا أن اتفاقهم كان عريضا على مبدأ معين، هو أن الحرية تعتمد في ضمانها على الكيفية التي ينظم بها الدستور حدود مباشرة السلطة، وضوابط فصلها، في نطاق العلاقة بين الأفرع التي تباشرها.

وكان منطقيا بعد أن صار للسلطة التنفيذية بحكم أغليبيتها البرلمانية، اليد الطولى التي تسيطر بها على زمام الأمور في بلدها، أن تقوم الدساتير في العصر الحاضر على مفاهيم مغايرة قوامها أن الدستور، هو الحقوق التي يضمنها؛ وأن الوثيقة الدستورية تعنيها حقوق الأفراد أكثر من إسرافها في التركيز على ضوابط فصل السلطة والنظم التي تحكمها.

٧٨- وبدا الدستور على ضوء هذا التغيير في المفاهيم التي يقوم عليها، مثاقفا بأكمل الانتقال من مبدأ فصل السلطة إلى مبدأ ضمان الحقوق.

Passage de la constitution -séparation des pouvoirs, à la Constitution -garantie des droits.

وقد تحقق هذا الانتقال -الأكثر دعما للديمقراطية- من خلال جهة الرقابة على الشرعية الدستورية على الأخص، التي تكفل لحقوق الأفراد وحرياتهم تناميا متصاعدا يرتقى بنوعيتها، ويوفر لحمايتهم وسائل الجزاء التي تقارن أحكامها.

ولم تعد قيمة حقوق الأفراد وحرياتهم، عائدة إلى إحصائياتها في الدستور وعددها واحدا بعد الآخر. بل تطلق الأمر بنوعية الضمانة التي تكفلها لها جهة الرقابة على الدستورية من خلال أدواتها ومناهجها في هذه الرقابة؛ وعن طريق تعدد المصادر التي تحتكم إليها في مجال تقرير دستورية القوانين المطعون عليها؛ وبمراعاة أن فصلها في هذه القوانين يتأثر دائما بالسياسة القضائية لهذه الجهة.

ولا شبهة في أن الفكرة التقليدية للدستور، تشمل على حقوق الفرد وحرياته. بيد أن ما يعطى الدستور معناه ومغزاه، لا يتمثل في مجرد رصد هذه الحقوق والحريات -سواء في صلبه أو في إعلان الحقوق قائم بذاته- وإنما تنفتح للدستور آفاق جديدة في مداها، حين تصوغ جهة الرقابة على الدستورية معاني جديدة للحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وتبلور مبادئ أكثر رحابة وأفضل في ضماناتها.

ومن ثم تمتد حقوق الفرد وحرياته عرضا وعمقا، فلا تنحصر في القائمة المغلقة التي بينها الدستور من خلال إحصائياتها وعددها<sup>(١)</sup>، وهي قائمة كان احترامها في الماضي مطلقا على نقطة المواطنين بكل طوائفهم، وارتبط تنفيذها كذلك بالأدوار السياسية التي تلعبها مراكز القوة في بلد ما.

ولم يعد صحيحا القول بأن السلطة التشريعية إقرار القوانين وإلغائها وفق إرادتها وبالكيفية التي تراها. بل صار من المحقق تعليق سلطتها في إقرار قانون ما، على شرط عدم إخلال هذا القانون بأية ضمانات من طبيعة دستورية<sup>(٢)</sup>.

(١) فوق الفرد في اختيار زوجته غير منصوص عليه في الدستور، ومع ذلك ككلته المحكمة الدستورية العليا لأعضاء مجلس الدولة الذين يريدون الزواج بأجنبية لإستورية عليا -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "سورية" -جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ -قاعدة رقم ٣٨- من ٥٦٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٢) C.C. 84-185 D.C., 18 janvier 1985, R.p.36; C.C. 89-259 D.C., 26 juillet 1989, R.p., 66; C.C.91-296 D.C., 29 juillet 1991, R.p.102; C.C. 90-281 D.C.,december 1990,R.p.91.

٧٩- والذين آمنوا بالرقابة القضائية على الدستورية، أدركوا بأن الجهة التي تبأشرها تمثل نمطا جديدا للعلاقة بين المواطنين وحكامهم؛ وأن فعالية دورها، ضمان لتقدم الديمقراطية التي كان شكلها السابق يقوم على الخلط بين الجماهير وممثليها؛ بين إرادة الجماهير في صورتها الحقيقية؛ وإرادة أعضاء السلطة التشريعية الذين أنابتهم للجماهير عنها في تمثيلها، فلا تطو إرادتهم عليها، بزعم أنهم يحلون محلها في التعبير عنها<sup>(١)</sup>.

وهذه النظرة للديمقراطية، هي التي تبنتها جهة الرقابة على الدستورية التي تمايز بين حقوق مواطنيها من جهة، وبين السلطة التي تحكمهم من جهة أخرى، فلا تندمج حقوقهم فيها، ولا تقوم هي بدلاً عنهم في تقرير نطاقها أو اقتضاها، ولا تستعوض عن إرادتهم بإرادتها، ولا تقدم إرادتها عليهم. ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، هي وسيلتهم في التعبير عن إرادتهم في مواجهة ادعاء ممثليهم البرلمانيين بأنهم أصحابها.

#### رابعاً: طول الديمقراطية القضائية محل الديمقراطية التمثيلية

٨٠- ومن ثم تحل الديمقراطية التي تكون ملامحها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، محل الديمقراطية التمثيلية.

ولأن السيادة الشعبية لا تجوز مباشرتها بصورة مباشرة، فلن جهة الرقابة على الدستورية تأخذ في اعتبارها أن الذين يدعون تمثيل الجماهير، قد يخونها أو يسيئون للتعبير عن إرادتها في أحسن الفروض؛ وأن محاسبتهم عن أفعالهم، وعلى الأخص في شأن القوانين التي أقروها، مناطها إخضاع السلطين التشريعية والتقنيّة لحكم الدستور، وإلزامهما باحترامه بوصفه تعبيراً عن السيادة الشعبية. فلا يكون النزول على الإرادة التمثيلية إلا بقدر توافيقها مع السيادة الشعبية، تقديرًا بأن ثانيتهما -دون أولاهما- هي التي ينبغي الخضوع لها.

(١) Carré De Malberg, la loi, expression de la volonté generale, Economica 1984.

وقريب من ذلك ما قرره لويس الخامس عشر في خطبه أمام البرلمان في ٣ مارس ١٧٦٦ من أن حقوق الأفراد وحرّيتهم تتحد بالضرورة مع ممثليهم، وتقع في أيديهم.

les droits et libertés sont nécessairement réunis à ceux des représentants et reposent enter leurs mains... cité par Jean - Yves Guéhenne, l'ideologie nationale. champ libre 1974, p.39.

هذا فضلا عن أن للتمييز بين المواطنين ومن يحكمونهم، يقتضى الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من ناحية، وبينهما وبين جهة الرقابة على الدستورية من ناحية ثانية، فلا تكون هذه الجهة قريبة في وظائفها من هاتين السلطتين، ولا موقعها موازيا لهما، بل يكون لهاتين السلطتين مجتمعها ذو الطبيعة السياسية.

ولا كذلك جهة الرقابة على الدستورية لئلا يكون مجتمعها إلا مدنيا، ونشاطها إحداثا لعلاق جديدة بين هذه المجتمعين، من خلال إلزامها السلطة بكل أشكالها ورموزها بصون حقوق المواطنين وحرياتهم، وعلى الأخص كلما أعلن المواطنون عزمهم عن الدفاع عنها وكان توكلهم لها، قد تم من خلال استفتاء عام.

وإذا قيل بأن للسلطة التشريعية أن تعبر بطريقتها عن مفهومها للسيادة الشعبية، إلا أن ادعاء احتكارها تمثيل شعبها، موداه إفلاتها من كل رقابة قضائية على نشاطها، ولتقضاضاها على ولاية جهة الرقابة على الدستورية ذاتها، وتقويضها لسلطانها التي تحدد بها -ومن منظورها- ما تراه الجماهير حقا لها. وهو ما لا يجوز، وذلك لأمرين:

أولهما: أن هذه الجهة تستمد اختصاصاتها مباشرة من الدستور، فلا يجوز هدم ولاؤتها أو تحريفها.

ثانيهما: أن الأصل هو أن يكون لكل مواطن حق اللجوء إليها بطريق مباشر أو غير مباشر - لتفصل فيما يطرحه عليها من الطعون في شأن مخالفة قانون للدستور<sup>(١)</sup>.

٨١- ولا جرم في أن الديموقراطية في صورتها الحديثة، قولها إخضاع أعمال السلطة التشريعية -رباطا- للنظم التي تتميز بها الجماعة في لحظة زمنية معينة.

وصار منطقيا بالتالي تقييم هذه الأعمال على ضوء قيم الجماعة ومبادئها التي اختطتها طريقا لحياتها، للتحقق من توافقها أو تعارضها معها. وهو ما تعهد به الدساتير المعاصرة إلى جهة اختصاصها بالرقابة القضائية على الدستورية كي تتولى بنفسها عملية انتقادية عقلية في شأن قوانين السلطة التشريعية وقراراتها.

(١) Domonique Rousseau. Droit de Contentieux constitutionnel, 4e édition. pp.397-403

وقد أثار ذلك تساؤلا حول ما إذا كان لجهة الرقابة على الدستورية -وهى بطبيعة تكوينها غير منتخبة- أن تنقد بأحكامها، السلطة التشريعية التى تباشر ولايتها بعد اختيار أعضائها الذين يُشخصون -من خلال الاقتراع العام- إرادة الأمة ويحبرون عنها، خاصة وأن المهمة التى تتولاها جهة الرقابة على الدستورية، تنحصر فى تقييم القوانين للصورة عنها، سواء تعلق الأمر بالشكل الخارجى لهذه القوانين -ممثلا فى القواعد الإجرائية التى تتبعها السلطة التشريعية فى مجال اقتراحها أو إقرارها- أو إصدارها- أم بصورتها الداخلية التى يعكسها مضمون هذه القوانين أو محتواها.

ويقتضى الرد على هذا التساؤل للتمييز فى مجال الرقابة على الدستورية بين أمرين:

أولهما: قوانين نقرها السلطة التشريعية فى حدود سلطتها التقديرية، وهذه لا شأن لجهة الرقابة على الدستورية بها بقدر ما يقوم من توافق منطقى بين النصوص القانونية التى أقرتها والأغراض المقصودة منها.

ثانيهما: قوانين أقرتها السلطة التشريعية مجاوزة بها حدود ولايتها بالنظر إلى خروجها على الدستور فى جوانبه الشكلية أو فى مضمون أحكامه.

وهذه هى منطقة الرقابة على الدستورية التى لا نزاع فى أن الدستور لم يفوض المبالطة التشريعية فى اقتحامها.

ذلك أن كل سلطة أسسها الدستور، ينبغى أن تنقد بأحكامها، ما كان منها شكليا أو موضوعيا، تنديرا بأن النزول عليها هو رضوخ لإرادة الجهة الأعلى التى أنشأتها، ويعتقها من عدم.

ومن ثم لا تُعارض الرقابة على الدستورية -التي لا يجوز لها بطبيعة وظائفها أن تقدر ملامحة إقرار النصوص المطعون عليها فى لحظة زمنية بذاتها، ولا أن تفصل فى حكمتها، أو بواعثها- الديمقراطية المنبثقة عن السيادة الشعبية. ولكنها توفر لنصوص الدستور -وهى التعبير الأعلى عن

الإرادة الأشمل والأوثق للجماهير العريضة- الحماية اللازمة لها بغرض كلمتها على المخاطبين بها<sup>(١)</sup>.

٨٢- واتجه نفر من الفقهاء إلى القول بأن الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها دعم حقوق الإنسان الطبيعية والأسبق في وجودها من كافة الممثلين والوثائق الملحق بها. وهي حقوق لا تتقادم من جهة وتتخطى الحدود الإقليمية من جهة ثانية. ولا يجوز كذلك النزول عنها أو تجزئتها<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم لا يزيد دور جهة الرقابة على الدستورية بشأنها على مجرد حراسيتها<sup>(٣)</sup> لضمان خضوع الدولة بصفة كاملة وفعلية للقانون، بما يحول دون تحكمها، ويقيدها بالحقوق السابقة في وجودها عليها.

فلا يكون خضوعها للقانون عملاً داخلياً من خلال تنفيذها لنفسها بنفسها. L'autolimitation. وإنما يتحقق هذا الخضوع عن طريق مطلة غيرها، مختلفة عنها، تنبئها بمحتواه L'heterolimitation.

(١) ولا يعنى ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لها إرادة تطو بها على الإرادة الأعلى التي أسستها. ودليل ذلك أنه لو قرر المجلس الدستوري الفرنسي مخالفة قانون للدستور، ثم أقر الشعب في استفتاء، هذا القانون بعد عرضه عليه، فإن على المجلس أن يلتزم بنتيجة الاستفتاء باعتباره تعبيراً عن الإرادة المباشرة للجماهير صاحبة السيادة الوطنية، وفي ذلك يقرر المجلس الدستوري الفرنسي بأن القوانين التي يخضعها لولايتها هي تلك التي أقرها البرلمان، وأنه لا شأن لرقابته بالقوانين التي وافق عليها الشعب في استفتاء، لأنها تبلور التعبير المباشر عن السيادة الوطنية.

les lois soumis au contrôle du Conseil Constitutionnel sont uniquement les lois votées par le parlement et non point celles qui, adopté par le peuple à la suite d'un referendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

[C.C. 62-20 D.C., 6 November 1962, R.p.27; C.C. 92-313 D.C., 23 September 1992, R.p.94].

(٢) يبيد إعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩ وجهة النظر هذه، ذلك إن مادته الثانية تنص على أن غاية هذا الإعلان هي صون حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تقام فيها.

La conservation des droit naturels et imprescriptibles de l'homme.

(٣) حرص مجلس الدولة الفرنسي على إنهاء تحكم السلطة الإدارية من خلال إلزامها باحترام القانون. كذلك يبايخص المجلس الدستوري الفرنسي تحكم السلطة التشريعية من خلال إخضاع أعمالها للدستور وحقوق الإنسان.

وفى هذا الإطار، لا تكون الرقابة القضائية على الدستورية، مجرد آلية لها طبيعة فنية غايتها إخضاع الدولة لمبدأ تدرج القواعد القانونية. ولكنها وسيلة عملية تتوخى أصلاً وقبل كل شيء، ضمان احترام الدولة لحقوق الفرد وحرياته<sup>(١)</sup>. فلا يكون خضوعها للقانون غير مجرد انضمام من جانبها إلى قيم الحرية والتكافؤ في المعاملة القانونية، وكذلك إلى قيم التسامح التى يكون بها مجتمعها قائماً على التضامن بين أفراده، الحائزين لحقوق يملكونها فى مواجهة الدولة لتسمو هذه الحقوق عليها، فلا تعارضها.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تلتزمها بإفناء تلك الحقوق، كى تتخذها قاعدة تنطلق منها فى تصرفاتها.

#### خامساً: تفسير الدستور نصيراً نهائياً معقود لجهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية دون غيرها

٨٣- على أن القول بالحقوق الطبيعية للفرد، لا يعنى أن نصوص الدستور التى تنظمها تعتبر مهياً لخصائصها لإنفاذ محتواها. ذلك أن جهة الرقابة على الدستورية هى التى تعطى هذه الحقوق معانيها وتحدد نطاق تطبيقها، وبمراعاة أن الطبيعة التمثيلية للسلطة التشريعية لا تجعلها مرجعاً نهائياً لتفسير الدستور. بل يجوز دوماً مساءلتها أمام جهة الرقابة القضائية غير المنتخبة التى لا تباشر -من خلال وظيفتها القضائية- عملاً سياسياً.

والحق أن كل تغيير فى المفاهيم الديمقراطية، يحمل فى ثناياه تغييراً فى أدواتها وطرائق التعبير عنها. ومن ثم كان الديمقراطية فى بعض ملامح تطورها، مفرداتها اللغوية كإبدالها الرعية

(١) يشكك بعض الفقهاء فى هذه النتيجة. ويدلل عليها بالتحراف المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عن كل دعم لآزم لحقوق الإنسان فى قضايا أصدرت فيها أحكاماً لا تشرّفها من بينها:

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856); United States v. Reese, 92 U.S. 214 (1876); United States v. Gruitshank, 92 U.S. 542 (1876); United States v. Harris, 106 U.S. 629 (1883); The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883); Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908); Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918); Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922); Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923); See also Edward S. Corwin, Court over Constitution (Princeton: Princeton University Press, 1938), pp. 85-128; Henry Steele Commager, "Judicial Review and Democracy," Virginia Quarterly Review 10 (1938): 417-28.

بالمواطن، ونفضيلها الميالة الوطنية على نظرية الحق الإلهي، وارتكانها إلى مفهوم العقد الاجتماعي بدلاً عن تحكم الملكية.

وفي مرحلة تالية، تغير شكل الجماعة وتركيبها من خلال حق الاقتراع العام وأحزابها السياسية، وإرساء مفهوم الديمقراطية الاشتراكية.

٨٤- وبإقرار الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فإن مفاهيم أخرى للديمقراطية تم تصويبها. فلم يعد البرلمان والقانون مهيمتا على مظاهر الحياة في بلد ما، وإنما صار لجهة الرقابة على الدستورية الحق في أن توفر لكل أقلية، ولحقوق الإنسان، الحماية اللازمة في مواجهة تسلط الأغلبية الحكومية والحرالفها، وأن تترك ولايتها هذه، إلى علو وسيادة الدستور La prééminence de la Constitution.

وصح القول، بأن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة إلا بقدر احترامه للدستور<sup>(١)</sup> La loi n'exprime la volonté generale que dans le respect de la constitution. وأن تدفق الآراء والأفكار وتعددتها، هو جوهر الديمقراطية<sup>(٢)</sup> L'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinion constitue le fondement de la démocratie. وأن هذه المفاهيم الجديدة، تبلور إطاراً لديمقراطية واعدة تحدد جهة الرقابة على الدستورية ملامحها<sup>(٣)</sup>.

٨٥- ويبدو غريباً في إطار هذا التطور، أن يظل خصوم الرقابة القضائية على الدستورية حتى اليوم يرددون في مواقعهم حججاً عتيقة باهتة ليس لها من مواء. من بينها أن الرقابة على الدستورية غايتها أن تعمق جهة الرقابة على الدستورية من نفوذها من خلال فرضها لإرادتها على السلطة التشريعية، وإبطالها للقانون لصادر عنها إذا ناقض الدستور، وأن استقراء حقائق التاريخ يدل على أن هذه الجهة لم تعمل دوماً لمصلحة مواطنيها<sup>(٤)</sup>.

(١) C.C.85-196 D.C., 23 Aout 1985, R.p.70.

(٢) C.C.89-271 D.C., 11 Janvier 1990, R.p.21.

(٣) Dominique Rousseau, Op.cit, pp. 403-417.

(٤) Leonard W.Levy <<Judicial Review, History, and Democracy>>, in Judicial Review and the Supreme Court, (New York: Harper & Row. 1967).

وفاتهم أن ولاية هذه الجهة مصدرها الدستور، وأن السلطة التشريعية لا تمثل الإرادة الوطنية إلا في الحدود المنصوص عليها فيه؛ وأنها لا تحرص في كثير من الأحيان على أن تكون تشريعاتها موافقة لأحكامه. وغالباً ما يكون سعيها متوخياً إرضاء قطاع من المواطنين دون آخر، انزلاقاً منها إلى أغوار سياسية لا تؤمن عواقبها.

ولئن كان من سلطاتها أن تفسر الدستور كي تصوغ تشريعاتها بما لا يجانبه، إلا أن سلطاتها هذه، لا يجوز أن تكون قولاً فصلاً تفرض به فهمها للدستور على سواها، وإلا كان تفسيرها للدستور نهائياً، عاصماً تشريعاتها من كل جدل يمكن أن يثور حولها، ولو كان خروجها على الدستور بادئاً من وجهها.

هذا فضلاً عن أن لكل جهة قضائية عثراتها، وصلاحياتها للفصل في المسائل الدستورية، لا يستطعها خطأ بعض أحكامها. ولا يجوز أن يشكك هذا الخطأ في قدرتها على مباشرة ولايتها بما يصون لمواطنيها حقوقهم وحررياتهم بصورة أفضل.

كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تفرض إرادتها على السلطة التشريعية، ولكنها تطع الدستورية عليها، خاصة وأن المواطنين لا يختارون أعضاءها بناء على كفاءاتهم، وتميز قدراتهم في نطاق العملية التشريعية.

ولا كذلك جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي يكون لها من تخصصها واستقلالها ما يدعم مباشرتها لوطنانها، ويحول دون إغواء قضائتها الذين يتم اختيارهم بطاية ملحوظة، فلا يكونون إلا أوصياء مخلصين على سلامة تطبيق الدستور؛ يؤكدون لحقوق كل مواطن وحرياته، ضماناتها، ويناهضون للتقيد غير المبررة عليها؛ فلا يواجهون القضايا التي ينصلون فيها بصورة جامدة، بل في

إطار من المرونة الكافية<sup>(١)</sup>، التي تجعل من دعمهم للحرية خاصة أساسية تميز نشاطهم<sup>(٢)</sup>، خاصة حين تلقى السلطة التشريعية وراء ظهرها، ما هو خطير من المسائل التي تعتمد إلى تجنبها<sup>(٣)</sup>.

#### سابعاً: الديمقراطية تتلقى للتسلط

٨٦- ولئن صح القول بأن الديمقراطية -على حد قول الرئيس الأمريكي لينكولن- لا تعنى تحريرها من كل قيد عليها، ولا تسلط الأقلية<sup>(٤)</sup>؛ فمن المصحح كذلك أن إرادة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية، لا يجوز أن تكون جوهر الديمقراطية، إلا بشرط معقولة تصرفاتها.

وتصرفاتها هذه، هي التي ترقبها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان اتصالها بمصالح المواطنين.

فلا يكون للرقابة التي تبشرها هذه الجهة من أثر غير ترشيد التقدير التشريعي وضمان استقراره. وهو ما يعنى أن أحكامها في المسائل الدستورية، تبلور فرصة ثانية second thought تتجدها هذه الجهة القضائية للسلطة التشريعية كي تصحح نفسها بما يكفل للديمقراطية اعتدالها واتساع قاعدتها وتعميق محتواها.

وغير صحيح بالتالي القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا يجوز أن تصدر أحكامها على ضوء مفاهيم مخالفة لتلك التي تبنتها الأغلبية البرلمانية. إذ لو جاز ذلك لكان وجود هذه الجهة بلا فائدة ترجى منها.

(١) ضرب جون مارشال بعض الأمثلة في قضية (1802) 5 U.S.137 Marbury V.Madison مبرراً بها مباشرة المحكمة العليا للرقابة على دستورية القوانين، من بينها فرض الضريبة على خلاف الدستور، وسريان القوانين الجنائية بأثر رجعي، Ex post facto laws وتقليص حق المواطن في الأمن.

(٢) Eugene Rostow, The Democratic Character of Judicial Review, 66 Harvard Law Review [December 1952, p.215].

(٣) أصدرت المحكمة الدستورية العليا أحكام كثيرة أبطلت بها بعض النصوص في القوانين التي تنظم العلاقة بين الملك والمستأجر، وهو التنظيم الذي تجنبته السلطة التشريعية تعديله، بالنظر إلى حساسية هذه القوانين وتعلقها بمصالح جماهير عريضة من المستأجرين.

(٤) Abraham Lincoln "First Inaugural Adress", in The collected works of Abraham Lincoln, ed. Ray. Basler, 9 vols, Rutgers University Press, 1953, 4:268.

٨٧- غير أن أبرز لوجه النقد المعاصر لوجود جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تتمثل في أن هذه الجهة لا تنحصر مهمتها في تقويم اعوجاج اتصل بقانون، وإنما لأن هذه الجهة -ومن خلال مباشرتها لولايتها- تحل محل السلطة التشريعية في تقديراتها، وتتزايد قوتها يوما بعد يوما، مع تراجع قوة الرأي العام وتضاؤل أهميته.

بل إن هذه الجهة صار بوسعها اليوم -ومن خلال تفسيرها للدستور- أن تنفذ إلى المظاهر المختلفة لحياة مواطنيها، وضد إرادتهم، أكثر من أى وقت مضى.

وهو ما دعا البعض إلى وصفها بأنها نوع من الإمبريالية القضائية<sup>(١)</sup> تمنح القانون ولا تفسره<sup>(٢)</sup> The law giver القوة بيدها، وسيغها مسلط على غيرها؛ فلم تعد بعيدة عن مظاهر بأسها، ولا عن قدرتها على التدخل إيجابيا في المسائل التي تتناولها، واتخاذ قراراتها فيها دون بصر بنتائجها.

وقضائتها فوق هذا غير مسئولين أمام أحد؛ فهم غير منتخبين؛ وتمتد ولايتهم في الأعم حتى نهاية أعمارهم؛ وروايتهم العالية تزم احتياجاتهم جميعها، مما خولهم السلطة الكاملة التي يوجهون بها كل نشاط عام أو خاص، وفق الآراء التي يفصحون بها عن كيفية فهمهم الدستور.

وكان منطقيا بالتالي أن يدعو بعض المطلعين الجادين، إلى ضرورة أن تتحوط جهة الرقابة القضائية على الدستورية من خلال قيود ذاتية تفرضها بنفسها على ممارستها لولايتها<sup>(٣)</sup> وإن قال الناقدون لهذه الرقابة بأن مثل هذه الضوابط نظل من صنعها. ولا يتصور أن تصحح بذاتها قراراتها، ولا أن تتحصن عن صورة من صور مراجعتها.

(١) ومن ذلك ما قرره المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية من فروع قانونية في شأن الفصل العنصري، وعقوبة الإعدام، والحقوقي التي تشملها حرمة الحياة الخاصة، وحقوق المتهم، والدعوى التوكيدية Affirmative action، والمسائل السياسية.

(٢) Max Farran, The Records of the Federal Convention of 1787, New Haven: Yale University Press. 1966 ed volume 2.p.299.

(٣) Alexander Bickel. The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics (Indianapolis - Bobbs - Merrill, 1962).

٨٨- على أن أوجه النقد المتقدمة -ومع اعترافنا بصحتها في كثير من جوانبها- لا تزال بعيدة عما نراه أسلوباً قوياً في مجال تحديد الجهة التي تفصل في تطبيق النصوص المطعون عليها مع الدستور.

ذلك أن تكوين هذه الجهة واختيار قضائها، مرتبط بدورها في مجال اتصال نصوص الدستور، بأعمال تصدر عن السلطين التشريعية والتنفيذية مجاوزة بها حدود ولايتها.

#### سابعاً: الرقابة على الدستورية لا تتولاها إلا جهة قضائية

وكان ضرورياً بالتالي أن تكون هذه الجهة قضائية في تشكيلها، وأن تباشر وظيفتها من خلال الخصومة للقضائية، فلا يكون فصلها فيها إلا منحراً من حيثها واستقلالها عن السلطين الآخرين، بقصد تقويم ما قد يطرأ عليهما من عوج. فإذا كان موقفها من تطبيق الدستور دالاً على يقظتها، فليس ذلك عيباً يشينها.

ولا كذلك سلبيتها التي توهم علاقتها بمواطنيها، وتؤكد ضعفها أو تداخلها في مواجهة السلطين التشريعية والتنفيذية اللتين تميلان إلى العدوان على حقوق المواطنين وحرياتهم.

والقول بأن ضوابط الرقابة الذاتية التي تفرضها هذه الجهة على نفسها، لا تعتبر كافية للحد من إساءتها في مباشرة وظيفتها للقضائية، مردود بأن الضوابط الذاتية التي تقيد جهة الرقابة القضائية نفسها بها، مردداً إلى طبيعة وظيفتها القضائية لتعلقها بالكيفية التي تفصل بها في نزاع معين.

#### فإذا قيل بعدم كفايتها، فإن البديل عنها أحد أمرين:

أولهما: أن تتخلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، عن ولايتها بتمامها بما يعنيه ذلك من إطلاق سراح السلطين التشريعية والتنفيذية من كل قيد.

وثانيهما: أن تحل هاتين السلطين محلها في مباشرة مهمتها، أو أن تراقبها في كيفية ممارستها لوظيفتها القضائية.

وليس ذلك كله غير إنهاء لهذه الرقابة عملاً وقانوناً. فلا تبقى على مسرح الحياة السياسية غير سلطتين تستبدان بكل أمر، وتعصفان بكل حق، ليظهر الدستور كوثيقة جوفاء في معانيها ومقاصدها وفي القيم التي تتوخى فرضها.

### الفصل الخامس

#### الرقابة القضائية على الدستورية: مفترضاها

تفترض الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية خلفية موالية تحيط بها، ونقطة انطلاق تركز عليها، وإطارا للعمل يدعم وظائفها، وتوكيدا لنهائية أحكامها.

#### المبحث الأول

##### الخلفية اللازمة للرقابة على الدستورية

٨٩- لا تتأخر جهة الرقابة القضائية على الدستورية ولايتها تشهيا أو تعاليا. ولكنها تعمل فقط على إخضاع الأفرع التي تتأخر السلطة، للدستور.

ولأن هذه الرقابة يقتضيها الإيمان بها وبضرورتها، فإن بيئتها ترتبط بنوع وخصائص الديموقراطية التي تحيط بها وتتفاعل معها.

#### المطلب الأول

##### الدول الشمولية

٩٠- وكان منطقيا بالتالي ألا يكون لهذه الرقابة موطن في الدول الشمولية التي تشكل مجتمعا<sup>(١)</sup>، وتلعب القيم التي يخصص بها، من خلال مفاهيم تستقل بتحديد عناصرها، وأخصها نزعتها الايدولوجية التي تفرضها على مواطنيها، وتدعوهم إلى الدفاع عنها، والقتال من أجلها.

وهي بعد دول لا تتعدد أحزابها، ولا خياراتها. بل تكون مقاليد الأمور جميعها -السياسية منها والاقتصادية والاجتماعية والقانونية- بيد حزبها هي الذي يحدد لمواطنيها أولوياتهم، ويرصد تحركاتهم، ويقيّد حرياتهم، ويتدخل في أخص مظاهر حياتهم الشخصية، ويحزّلهم عن كل صلة تربطهم بالخارج، وإن استأثر حماسهم من أجل دعم نظمها والدفاع عن عقيدتها، وحضهم على الإسهام بصورة جماعية في نشاطها، وهو يصنّفهم بين مؤمن بمذهبها، ومعارض لقيمتها.

(١) تناهض الدول الشمولية، الدول البرجوازية، وهي في اعتقادها تلك التي تتحكم فيها ديكتاتورية الكتلة الرأسمالية لتبشر سطوتها على البروليتاريا التي تمثل الطبقات الكادحة.

ولأن حزبها منظم تنظيماً هرمياً وتسلطياً، قلنا على الاختيار الدقيق لعناصره، فليس حق الانضمام إليه لا يكون مكفولاً لكل مواطن، وإنما يقتصر هذا الحق على صفة مختارة لها مزاياها وعليها واجباتها، وتنتمى بالولاء المطلق لأيدولوجيتها التي يُحمل المواطنون على اعتناقها والالتزام بها في فصول دراسية لتعلمها An all-encompassing ideology، وإلا حق ردعهم من خلال الأجهزة السرية التي تتحقق، والوسائل القمعية التي تمارد بها الخارجين منهم على نظمها، فلا يكون ترويعهم إلا إرهاباً منظماً Organized Terror.

كذلك فإن احتكار الدول الشمولية وسائل الاتصال على اختلافها، مؤداة ألا يطرق مواطنوها أبوابها إلا بإذن، لضمان صيغهم في قولها.

واستبدالها بمصادر الثروة في إقليمها، يوفر لقوتها عناصر بأسها. وسيطرتها الكاملة على أسلحتها ضرورة تقتضيها بنفسها، لضمان احتكار عناصر القوة بيدها، ولحق كل تمرد عليها، وردع كل إخلال بنظمها بصورة ماحقة لا تهلون فيها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الدول السلطوية

٩١- ولا مكان كذلك للرقابة القضائية على الدستورية في الدول السلطوية التي تتعقد ناصية الأمر فيها لفرد أو لجماعة صغيرة تتخذ شكل أسر أو طبقة اجتماعية، أو حزباً سياسياً وحيداً<sup>(٢)</sup>.

متلما هو الحال في كثير من الدول الأفريقية والأميبوية للنامية التي كانت حركاتها من أجل الاستقلال موجهة ضد السلطة الاستعمارية؛ وشعاراتها تفيض بالأمل في حياة أفضل. وما أن حصلوا على استقلالهم حتى آل أمر الديمقراطية فيها سرياً.

(١) Michael G. Roskin - Robert L. Cord - James A. Medeiros and Walter S. Jones, POLITICAL SCIENCE, AN INTRODUCTION. fifth edition, pp 59- 72

(٢) كان لويس الرابع عشر ملكاً لدولة سلطوية عندما قال عبارته المشهورة "لنا الدولة" كذلك كانت أسبانيا في عهد فرانكو مثلاً للدولة السلطوية ولم يكن لدى فرانكو ومؤيدوه أية أيدولوجية يدافعون عنها، وكل ما تتحدث قائم في الصحافة والاقتصاد، ولكن في حذو - ضيقة - الصير فتعتبر مثلاً للدولة الشمولية بسفها الحركة الديمقراطية

ولم يحظ التخطيط فيها بدوره المتوقع. وتضاؤل دخلها كذلك بعد تراجع استثماراتها. وطحن الفقر والجوع معظم مواطنيها، وصرفهم السعى لضمان قوتهم، عن الفضل من أجل حرياتهم السياسية.

ولم يكن اقتصادها كذلك قريباً من الثورة الصناعية، ولا حريصاً على الاتصال بأسبابها وأدواتها.

ولأبصر للمواطنين وزن القبيلة، وركزوا اهتمامهم على مصالحها أكثر من سعيهم لتكوين الثروة وضمان تراكمها.

وروج قادة هذه الدول مقولة أن الاقتصاد بلدهم وإزدهارها، مطق بأيديهم، وبما يصدر عنهم من أعمال يكفيها لصحتها أن تكون مبلورة ما يتصوره من وحيم كقلا آمال مواطنيهم واحتياجاتهم. وليس لازماً بالتالي أن تكون هذه الأعمال معبرة عن إرادتهم في مجموعها.

وما يميز الدول السلطوية عن الدول الشمولية، هو أن أولاهما لا تتحكم في كل صور النشاط في مجتمعها، ولما يكون لديها إيديولوجية تتأصروها وتروج لها.

كذلك يظل جانباً من المسائل العائلية والسياسية والاقتصادية والثقافية بيد مواطنيها. وهي فضلاً عما تقدم، لا يطعها أن تكفل حرياتهم، وهزبها الوحيد تتدرج مستوياته وتتصاعد، منتهية جميعها إلى قيادة أمرة لشخص أو لجماعة لا تولى لقيم الحرية والتوافق والتعاقد والعمل بصورة مقتدرة، إلا دوراً ضئيلاً، شأله في ذلك شأن بعض عناصر الديمقراطية التي قد تتسامح في وجودها. ذلك أن للقيمة الأعلى للدول السلطوية، هي صون نظامها وتحقيق تماسكها من خلال ضمان الخضوع الكامل لها.

كذلك، فإن أكثر ما تتفاضل به النظم السلطوية على الشمولية، هو أن أولاهما يوسعها أن تصحح نفسها بنفسها؛ أما ثانياتها فإن تصحيحها لنفسها قد يؤول إلى زوالها<sup>(١)</sup>.

(١) مثلاً حدث في الاتحاد السوفيتي الذي تصدع تماماً بعد أن حاول التخلص من الشيوعية، ولو بصورة تدريجية.

### المطلب الثالث

#### أثر مفاهيم السوق على التحول الديمقراطي

٩٢- وقد تحول للنظم السلطوية -من خلال اقتصاد السوق، وحسن استغلالها لثرواتها- إلى نظم ديمقراطية تدعمها الطبقة المتوسطة<sup>(١)</sup> بعد تزايد حجمها وارتفاع مستوياتها التعليمية؛ ونبذها الأفكار الديماغوجية أو التطرفية؛ ووعبها بمصالحها وقدرتها على التعبير عنها؛ وانغماسها في مهنها وأعمالها؛ وسعيها لتنمية ثرواتها الشخصية، ورصدها أخطاء حكومتها ومحاولتها تقويمها؛ وتلقيها من اقتصاد السوق معلوماتها عن ضرورة تسامحها مع خصومها، والإيمان بالتعددية صلاً؛ والاعتماد على الجهود الذاتية لبناء وتطوير مجتمعها؛ مما يعينها في النهاية على إيجاد صحافة نافذة، وضمان حق الاقتراع الحر والعام، ولن تكون الحزبية تحديد بالضرورة.

### المطلب الرابع

#### النظم الديمقراطية هي الخلفية الضرورية للرقابة على الدستورية

٩٣- ولا ضمان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في مباشرتها لوظائفها إلا في النظم الديمقراطية التي تمتاز بحكوماتها بدعم الجماهير لها؛ وبالتنافس بين أحزابها السياسية؛ ويتداول السلطة سواء في أشخاص من يتولونها؛ أو في القيم التي تؤسسها؛ ويقراراتها التي تدعمها أغلبية تظاهرها؛ وبمجالسها النيابية القائمة على ضمان صفتها التمثيلية؛ ويحق مواطنها في عصيانها، ومقاومة أوامرها لرد طغيانها، أو لتقويم انحرفاتها؛ مع التسليم بتكافئهم في فرص الحياة السياسية<sup>(٢)</sup>؛ وفي القيمة التي تعطىها الدولة لأرائهم؛ وفي إمكان ترويجها وضمان اتصالها بوسائل الإعلام على اختلافها؛ وفي حيادها في مواجهة هذه الآراء؛ وفي موازنتها الحرية بالقيود المنطقية التي تضبط حركتها.

ولا يتصور بالتالي أن تبائر جهة الرقابة على الدستورية ولايتها بصورة جادة في ظل نظم لا توافق الديمقراطية في ركائزها وصحيح بنيانها. وهو ما يتحقق بوجه خاص في دول لا تؤمن بأن الناس جميعهم حقاً ترتبط بأشخاصهم، ويقيّد ضمانها سلطاتها.

(١) للطبقة المتوسطة مصلحة أكيدة في دعم النظم الديمقراطية لأن مكسبها ترتبط باستمرار هذه النظم.

(٢) من المؤكد أن المساواة السياسية بين المواطنين فيما يتعلق بالإسهام في الحكومة والتنافس من خلال الانتخاب على تقلد الوظائف الحكومية، أمر نظري بحث لأنها تحتاج إلى كثير من المال وإلى رولبط عصرية أو صلات دينية.

وكذلك إذا لم تكن التحديّة هي نقطة البداية في تنظيماتها السياسية والنقابية والفنية والثقافية والدينية؛ أو كان احتكارها الحقيقة تعبيراً عن أولها الرسمية التي لا تتحول عنها، إنكاراً لحق خصومها في انتقادها. فلا تتلون مواقفها بخير مصالحها الضيقة.

وكذلك الأمر كلما كان انفلاقها عن الاتصال بغيرها من الدول، أو حجبها وسائل النفاذ إلى معلوماتها، سياسة تلتزمها؛ وتمييزها بين الأحزاب في بلدها، منتهيا إلى تكلمها في شئونها؛ وإعراضها عن تحقيق التوازن بين السلطة والحرية، أو بين القطاعين العام والخاص، أو بين حقوق مواطنيها وواجباتهم، اتجاها ثابتا لها.

### المبحث الثاني

#### نقطة البداية التي تنطلق منها الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٩٤- تحرص النساتير المعاصرة على ضمان الحرية من خلال مدخلين:

أولهما: فصل الأفرع التي تباشر السلطة عن بعضها البعض. وثانيهما: مراقبة كل فرع للفرع الآخر بما يكفل التوازن بينها.

ذلك أن أكثر ما يهدد الحرية هو تدخل السلطين التشريعية والتنفيذية من خلال نصوص قانونية تنال منها أو تقيد من محتواها. ولم يكن منطقياً أن تظل هذه النصوص بعيدة عن شكل من أشكال المراجعة القضائية التي تقوم عليها جهة تستقل عن السلطين التشريعية والتنفيذية، كي تفصل من خلال الخصومة القضائية فيما يطرح عليها من طعون في شأن تلك النصوص لتقدر صوابها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور.

وتلك هي المراجعة القضائية التي تختص بها جهة أولها الدستور ملطة الفصل في دستورية النصوص القانونية جميعها، وسواء كانت هذه النصوص في صحيح نكيفها القانوني، تعتبر تشريعاً أصلياً أو فرعياً؛ وسواء كان تصادمها مع قاعدة في الدستور، أو مع قاعدة ذات قيمة دستورية، ولا نص عليها في الدستور.

ومن ثم تكون القواعد المنصوص عليها في الدستور، وكذلك أية قاعدة أخرى في حكمها، كافلة حقوق الأفراد وحررياتهم. وإلها تحتم جهة الرقابة القضائية على الدستورية في إبطال النصوص للقانونية الأدنى مرتبة منها، أو تقرير صحتها.

ذلك إن الدستور قانون، وإن كان قانوناً أساسياً Basic law يوازن الحرية بالقيود المنطقية التي يفرضها عليها، أو التي يحيل في شأن تحديدتها إلى تشريع.

وهي بعد قيود لا يجوز للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تبسطها إسرافاً أو تباهياً أو ترليخاً، أو حتى من خلال خطئها في تقدير المفاهيم التي يقوم الدستور عليها، وإلا صار تنظيم الحرية تابعاً عن غلواء السلطة ولحرلتها عن مقاصدها.

بما مؤداه أن لنصوص الدستور -في أصول المعامل التي تنظمها وفروعها- الصادرة على ما دونها من القواعد القانونية.

٩٥- ومن غير المقبول بالتالي أن ننظر إلى نصوص الدستور، وكلها مجرد قواعد توجيهية جردتها السلطة التأسيسية من خاصية الإلزام، ولحالتها إلى سموخ شوهاه بغير قيمة، وليس لها فسي محيط الحياة القانونية أية آثار يمكن ترتيبها عليها<sup>(١)</sup> It cannot be presumed that any provision in the Constitution is intended to be without effect شأن هذا القول شأن إدعاء تنالض نصوص الدستور فيما بينها، أو تخلفها عن مولجة عصرها، كلاهما سقيم وغير منيد.

وكان لازما بالتالي أن يرتبط إفلاذ نصوص الدستور بصرامة تطبيقها، وأن يكون الدستور هو القاعدة التي تتطلق منها الرقابة القضائية على الدستورية وترتكز عليها، سواء صبح ما ادعاء بعض الفقهاء من أن هذه الرقابة تعود في جنورها لتاريخية إلى بعض السوابق القضائية التي أنشأتها<sup>(٢)</sup>؛ أم صبح ما قرره آخرون من أن السوابق القضائية في شأن الرقابة القضائية على الدستورية، لا تدل على تريطها فيما بينها، أو على وحدة اتجاهاتها، أو على مساندتها لهذه الرقابة وتوكيدها.

كذلك فإن الرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها ومخاطرها التي تدعو بعض الدول -والنامية منها بوجه خاص- إلى التردد في القبول بها. بل إن الدول التي تؤيدها مختلفة فيما بينها حول طبيعة الجهة التي تباشرها، وخصائص تكوينها وحدود ولايتها، وآثار أحكامها أو قراراتها.

إلا أن الحقيقة الثابتة -القانونية والواقعية- تشهد بأن هذه الرقابة -رأيا كان خصومها- تقوض نفسها كضرورة لا نزاع في ثبوتها، لا لأن هذه الرقابة تحتمك إلى قوانين الطبيعة؛ ولا إلى قوانين فوقها تعد إلهاء إلهاء، ولا إلى مفاهيم يقضيها العدل والمنطق في صورة مجردة، ولا إلى وثائق دينية لها قداستها، وإنما هو الدستور -مكملا بوثائق إعلان الحقوق التي يضمها في صلبها إذا أحال إليها فسي ديباجته- تحتمك إليه جهة الرقابة على الدستورية، لتعلي النصوص الوضعية التي تضمها على مسا سواما.

(١) Marbury v. Madison 1 Cranch (U.S) 137 [1803].

(٢) من بين السوابق التي تكثر الإشارة إليها ما قرره لورد Coke في قضية Dr. Bonham حيث يقول:

In many cases the common law will control acts of the parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common rights and reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such an act to be void. (1610) 8 Co. II3b. II8a, 77 ER.646, 652.

ولا يتصور بالتالي في مجال الرقابة القضائية على الدستورية، أن تتعد السيادة للقانون بمعنى الكلمة، ولا أن يكون إبطاءه بحكم تصدره جهة الرقابة على الدستورية، دالا على علوها على السلطة التشريعية أو حطها من كرامتها؛ ولا أن يكون المفوض في مباشرة اختصاص ما، أصيلا في مجال الفصل في مجاوزة حدوده؛ ولا أن تكون مباشرة السلطة لحرافاً عن ضوابط ولايتها ولا تغليباً لامتيازاتها على حدود مسؤوليتها؛ ولا فصلاً لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن ضماناتها.

فذلك كله مما لا يأذن الدستور به أو يرخّص فيه.

وكان منطقياً أن يقيم الدستور جهة قضائية تتولى بنفسها -من خلال الخصومة القضائية- مهمة فرض أحكامها على المخاطبين بها. فلا يكون الدستور -وكذلك كل وثيقة أخرى لها قوته أو قيمته مبدئية- غير مرجعها الوحيد في مجال الفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها.

ومن ثم تستقل جهة الرقابة القضائية عن السلطين التشريعية والتنفيذية؛ فلا هي بجهة سياسية في تكوينها ووظائفها، ولا هي فرع من السلطة التشريعية أو التنفيذية. وإنما يكون لجهة الرقابة القضائية إجراءاتها وضماناتها. ولخصها حينئذ واستقلالها، سواء كانت رقابتها مقصورة على الفصل في دستورية النصوص القانونية قبل إصدارها وجران آثارها في شأن المخاطبين بها؛ أم كان مناسط رقابتها ممثلاً في النصوص القانونية بعد تطبيقها، وهو ما يفترض نشرها في الجريدة الرسمية، وبدء الميعاد المحدد لمراجعتها.

وسواء نظم الدستور جهة الرقابة القضائية بوصفها هيئة قائمة بذاتها تنحصر الرقابة القضائية في يدها؛ أم عقد أمرها للمحكمة الأعلى في بلده من خلال سلطتها الاستئنافية التي تباشرها على المحاكم الأدنى منها؛ فإن الخصومة الدستورية لا تنحصر إلا على ضوء أحكام الدستور بوصفه وثيقة أصدرتها هيئة تمثل أمته بصورة أصح وأشمول، وعلى وجه أكثر توثيقاً من السلطة التشريعية وممثليها.

٩٦- ولأزم ما تقدم، أن يكون للرقابة القضائية على الدستورية، مفترضها ممثلاً في دستور مدون جامد، فلا يحكم لسواه<sup>(١)</sup> تقدير أن نصوص هذا الدستور هي التي تحدد بصورة لا تجهيل فيها- قواعد تقاسم السلطة وتوزيعها بين الأفرع التي تباشرها، ونطاق حقوق الأفراد وحرياتهم.

(١) يأخذ حكم الدستور، النصوص التي لها قيمة دستورية ولو لم يكن الدستور قد أحل إليها في ديباجته.

كذلك لا يجوز الخلط بين جمود الدساتير من ناحية، وضرورة تطويرها من جهة أخرى. ذلك أن الدستور، وإن كان وثيقة لها خطرها تتوخى تحقيق نوع من التوازن في الحقوق التي يكفلها لكل سلطة، وفيما يجوز لها أن تقيد من حقوق المواطنين وحرياتهم؛ إلا أن الدستور يظل وثيقة لا يرتبط تطبيقها بزمن محين. وإنما يكون مرنًا ويقاومًا مشروطًا بقدرتها على الصمود عند انتقال الجماعة من طور إلى آخر تتحول فيه قيمها واحتياجاتها، فلا تبقى على حالها، وإنما يصيبها التغيير في قليل أو كثير من جوانبها<sup>(١)</sup>.

ويظل توفيق الدستور مع أوضاع الجماعة التي يعايشها مطلوبًا، ولو كان مرنا. وإن صح القول بأن الدساتير المرنة يجوز أن تعدلها السلطة التشريعية وفق القواعد الإجرائية ذاتها التي تعدل بها القوانين التي ترقاها. ولا تقوم بالتالي ضرورة لتطوير دستور يجوز أن تغيره السلطة التشريعية بإجراءاتها المعتادة، سواء ورد التعديل على بعض جوانبه، أو تناول تغيير بنيانه بصفة جوهرية.

ولا كذلك الدساتير الجامدة التي لا يجوز أن تعدلها السلطة التشريعية وفق القواعد الإجرائية ذاتها التي تعدل بها تشريعاتها. وإنما يتعين إجراء هذا التعديل على ضوء قواعد أكثر صرامة من تلك التي تلتزمها السلطة التشريعية في تعديلها لتشريعاتها.

وذلك هو الجمود في الدستور. وهو جمود لا تفره إلا هيئة أعلى خرج للدستور من صلبها، وتسمو بمنزلتها على السلطتين التشريعية والتنفيذية المعتبرتان من خلقها وتأسيسها.

ولا شأن بالتالي لجمود الدستور، بالطبيعة النوعية لقواعده، ولا بمضمونها. ذلك إن نصوص الدستور -ولو لم تكن لها طبيعة القواعد الدستورية بمعنى الكلمة<sup>(٢)</sup>- تظل جامدة إذا أحاطها الدستور بضمانة تحول دون تعديلها وفق القواعد الإجرائية التي تعدل بها السلطة التشريعية قوانينها.

(١) Kamper v. Hawkins, 1 Virginia Cases 20, 38 (1793).

أنظر كذلك ما قرره جون مارشال رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية McCulloch V. Maryland 17 U.S. 4 Wheaton 316, (1819) حيث جاء في الحكم الصادر فيها ما يأتي:

"It is a constitution which we are expounding, but the constitution was intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs".

(٢) قررت المحكمة الدستورية العليا في مجال تعريفها بالقوانين المكملة للدستور، أن هذه القوانين هي التي تتناول في مادتها، القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخطئ منها في الأعم لية وثيقة دستورية، والتي يتعين حتى يكون التنظيم التشريعي مكملًا لها أن يكون مفصلًا لحكمها، كالقواعد المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يكفل مباشرتها لشئون العدالة دون تدخل من أية جهة. ولا كذلك القانون الذي يحدد أحوال فصل الموظفين بغير الطريق التأديبي أو الذي يصدر في شأن التفتيش العامة.

"دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣، مساعدة رقم ٢٢/١/٣/٢٠٠٥/- ص ٢٦١ وما بعدها من الجزء الخامس من المجلد الأول من أحكامها.

٩٧- كذلك تختلف عملية تطوير الدستور، عن السلطة التي تملكها جهة الرقابة على الدستورية في مجال فهمها للواقعة المتنازع عليها، والنظر في القاعدة القانونية التي ينبغى تطبيقها عليها انتقالاتا بها من صورتها المجردة، إلى تطبيقاتها العملية في حالة بذاتها يبلورها نطاق الخصومة المطروحة عليها.

وإنما ينحل تطوير الدستور إلى عملية خلق وإبداع لا تقتضى ثبات نصوص الدستور في معانيها، ولا فهمها بصورة واحدة في أزمان مختلفة. ذلك أن تطوير الدستور عملية متجددة تجد مصدرها في الأوضاع القائمة في لحظة زمنية بعينها، وضرورة مواجهتها بالحلول التي تلائمها. فذلك وحده هو الضمان النهائي لحيوية الدستور وقدرته على الصمود، وتحقيق مصالح مختلفة لأجيال متعاقبة. ويظل تطوير الدستور عملية منطقية تقتضى وجود علاقة من نوع ما بين نصوص الدستور والمعاني التي أعطاها لها جهة الرقابة القضائية على الدستورية<sup>(١)</sup> وهو ما لا يتحقق بانتزاع هذه الجهة لقيم يستحيل ربطها بنصوص الدستور؛ أو عن طريق فرضها لتصوراتها الشخصية على نزاع مطروح عليها بما يضعها في مركز المشرع الأعلى<sup>(٢)</sup> Superlegislature.

ويظل تطوير الدستور مطلوباً في حدوده المنطقية، وضرورياً في الدساتير الجامدة بالنظر إلى القيود الإجرائية للباظنة التي تحيط بتعديلها، بما يصير إجراء هذا التعديل في الأعم من الأحوال.

(١) أنظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Black في قضية:

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 520 (1965).

حيث يقول:

"Judicial creativity is essential to constitutional interpretation, but as Justice Hugo Black, dissenting in *Griswold*, warned, 'unbounded judicial [creativity] would make of this Court's members a day-to-day constitutional convention'".

(٢) أنظر الرأي المخالف للقاضي Holmes في قضية:

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

وكذلك الرأي المخالف للقاضي Black في قضية:

Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663, 678 (1966).

"When a 'political theory' embodied in our Constitution becomes outdated, it seems to me that a majority of the nine members of this Court are not only without constitutional power but are far less qualified to choose a new constitutional political theory than the people of this country".

ولئن صح القول بأن الدستور هو الركيزة التي تنطلق منها جهة الرقابة القضائية على الدستورية فيما تفصل فيه من مطابقة للنصوص المطعون عليها للدستور، إلا أن لهذه الجهة أن تستهض في مجال تفسيره كافة الحقائق التاريخية، وأن تعتمد إلى فهمه بالاستهداء بغير الحقائق التاريخية من المصادر، كالموايق القضائية بقدر تعلقها بالنزاع المعروض عليها، وإن ظل محظوراً أن تكون رؤيتها للدستور تصوراً شخصياً من جانبها. ما لم يكن هذا التصور متصلاً بمواجهة تغيير هام طرأ على الجماعة<sup>(١)</sup>.

---

(١) W.J.Brennan, Jr. "Inside View of the High Court", New York Times Magazine 35 (6 October 1963); See also I. Kaufman, Remarks, "The Courts in Peril" The Palm Beach Round Table, 3-4 (10 February 1983).

### المبحث الثالث

#### الإطار الذى تعمل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية

٩٨- فإذا استقام لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، اختصاص الفصل فى دستورية القوانين، فإن ديناميكية نشاطها ترتبط بحد من العوامل أهمها درجة استقلالها، وحدود ولايتها، والقيود على ممارستها، وكيفية مباشرتها لوظيفتها القضائية عملاً.

فليس متصوراً أن يكون دور هذه الجهة فاعلاً فى مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إذا كان كيانها تابعاً لجهة حكومية توجهها وتحدد لها ما تفعل.

وإذا يتعين أن تكون جهة الرقابة القضائية، قائمة بذاتها، ولأن دل العمل على تدخل السلطين التشريعية والتنفيذية فى تشكيلها لتطبعها بتوجهاتها.

ولا يجوز للدستور أن يكل إلى المشرع تحديد نطاق ولايتها ليوسعها أو يضيقها وفق ما يراه. ذلك أن تركها فى يده، مؤداه أن يستقل ببيان حدودها، وأن ينقض عليها إن أراد فلا يتوافر لجهة الرقابة القضائية ضمانات استقلالها عن السلطين التشريعية والتنفيذية. وقد تغير السلطة التشريعية من عدد قضاء هذه الجهة -إذا لم يكن الدستور قد حذره- بقصد التأثير فى قراراتها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز فى أية حال أن يعامل قضاتها بوصفهم من موظفى الحكومة العاملين فى خدمتها؛ ولا أن يتقرر مرتباتهم بصفة شخصية؛ ولا أن تنزل بها السلطة التشريعية عن الحدود الدنيا لاحتياجاتهم؛ ولا أن تتحكم هذه السلطة فى ميزانية جهة الرقابة القضائية<sup>(٢)</sup>؛ ولا أن يقرر المشرع إنهاء خدمتهم بالرغم من صلاحيتهم وحسن سلوكهم<sup>(٣)</sup>.

(١) Robert H. Jackson, "The Supreme Court in the American System of Government". Views from the Bench, 1990, printed in India, New Delhi. p.20.

(٢) بالرغم مما تنص عليه المادة ٥٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا من أن لها موازنة مستقلة تد على نمط الموازنة العامة للدولة، إلا أن وزارة المالية لها الكلمة النهائية فى شأن الأموال التى ترصد فيها، وهو ما ينال من استقلال المحكمة ويقوى قبضة السلطة التنفيذية عليها.

(٣) يظل قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى مناصبهم حتى موتهم ما يرحوا حسنى السمعة، كذلك فإن مرتباتهم تكفل لهم حياة كريمة ولا يجوز خفضها.

فذلك كله مما يعين السلطتين التشريعية والتنفيذية على إخضاعهم لضغوط تؤثر فى عملهم، خاصة من خلال إغوائهم بالمزايا التى يستطيعون الحصول عليها فيما لو تضاعل دورهم، أو همد نشاطهم.

كذلك فإنه مما يناهض استقلال جهة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، أن يعهد إليها بأعمال لا شأن لها بالوظيفة القضائية التى تتولاها. كأن تُلَزم برصد مصادرة تليفونية أو أن تقدم لجهة إدارية -وبناء على طلبها- آراء استشارية تبديها لها، أو أن تفصل فى غير خصومة قضائية تتكبر تقابلاً وتناقضاً حاداً بين مصالح أطرافها.

ويعتبر تعديا على جهة الرقابة على الدستورية، منفلتا لاستقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، تدخل إحداهما فى تنفيذ أحكامها، سواء من خلال تحويل مضمونها، أو إسقاط حجبتها، أو عن طريق إرجاء أعمال الآثار القانونية المترتبة عليها.

ذلك أن عواقب التنفيذ هذه إنما تحول مضمونها أو أبعادها، دون اكتمال مداه، فلا تتصل حلقاته ببعضها، ولا تتضمن فيما بينها، ليقف الحكم جدواه من خلال تعطيل جريان آثاره بشماها دون نقصان.

وعواقب التنفيذ هذه، هى التى حرص قانون المحكمة للدستورية العليا بنص مادته الخمسين، على هدمها، وإنهاء الآثار القانونية التى أحدثتها، لضمان العودة بالتنفيذ إلى حالته السابقة على نشونها، ولو كان مصدر هذه العواقب قانون أقرته السلطة التشريعية، بنال من التنفيذ فى حقيقته ومضمونه، ويعطل البدء فيه، أو استكمال بدليته<sup>(١)</sup>.

وفى مواجهة هذه العواقب جميعها، يكون بيد المحكمة للدستورية العليا دون غيرها، السلطة الكاملة التى تزيلها بها. فلا يصير لها بعد تدخلها -ومن خلال منازعة التنفيذ التى يطرحها عليها- كلى ذى شأن فيه- من وجود، على أن يكون مفهوما أن هدمها لهذه العواقب يتخذ إحدى صورتين:

(١) "دستورية عليا" للقضية رقم ٦ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤- للقاعدة رقم ١/٦ من ٨٢٣ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

أولاهما: أن يتمثل عائق التنفيذ في قرار صدر عن جهة إدارية. وعندئذ ينعدم هذا القرار ويعامل باعتباره مجرد عبة مادية لا تولد آثاراً قانونية. ولكل ذي شأن أن يتجاهلها وأن يدفعها بما يراه من التدابير. ذلك أن العدم نقيض الوجود. ويستحيل إحياء العدم من جديد، إذ الساقط لا يعود.

ثانيهما: أن يكون هذا العائق قد نجم عن قانون صدر عن السلطة التشريعية، وعندئذ تبطل المحكمة الدستورية العليا هذا القانون لخروجه على ضوابط الشرعية للدستورية، وأخصها خضوع الدولة بكامل بتنظيماتها للقانون بمعناه العلم على ما تقرره المادة ٦٥ من الدستور.

ويؤيده كذلك أن ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال الفصل في دستورية النصوص لقانونية المطعون عليها، مردها إلى نص المادة ١٧٥ من الدستور.

فإذا عطل المشرع تنفيذ أحكامها -رحمتها متعدياً إلى الناس كافة- وإلى السلطة بكل تنظيماتها- دل ذلك على إفراغ ولايتها من مضمونها<sup>(١)</sup> بما يخل بحقيقة أن نصوص الدستور هي التي تكفل للحقوق التي تصونها، ضماناتها العملية، وإلا صار الدستور وثيقة جوفاء، قائمة ألوانها.

وتبدو هذه الحقيقة أكثر ما تكون وضوحاً في الدول القيدالية التي تقوم فيها محكمة عليا فيدرالية ووحيدة، تعمل -من خلال أحكامها- على تحقيق التوازن الدقيق بين اختصاص الاتحاد ووحداته الإقليمية. فإذا دهمته أو شوهته السلطة الاتحادية هي أو ولاياتها، لخل هذا التوازن، بما يهدد كيان الاتحاد إلى حد انفراط عقده.

٩٩- كذلك فإن لجهة الرقابة على الدستورية، أسلوباً للعمل يصون سرية مداولاتها التي تحيط بكل القضايا المعروضة عليها، ما لم يكن من اختصاص هذه الجهة أن تحدد بنفسها ما تنتظره منها  
To decide what to be decided.

(١) أحياناً يتحقق الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية حتى في الدول العريقة في ديموقراطيتها، فقد اعترض الرئيس الأمريكي جاكسون على حكم لم يحبه صدر عن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، فقال مخاطباً رئيسها جون مارشال ومتهكما "لقد اتخذ مارشال قراره وعليه الآن أن ينفذه".

"Marshall has made his decision , - now let him enforce it".

وهي في كل حال لا تنصل من منظور مجرد في نزاع تقرر المسير فيه، ولا بما يناقض وحدة الجماعة واستقرارها. وليس بوسعها أن تفسر النصوص القانونية المطعون عليها بما يخرجها عن معانيها الواضحة، في إطار سياقها، وعلى ضوء موضوعها، ووفق أغراضها.

ومعانيها هذه هي التي تحدد حقيقة النصوص المطعون عليها ووجهتها<sup>(١)</sup>، فلا يجوز تحريفها.

ويؤيد هذا النظر، أن الكلمة الواحدة يستحيل أن يحملها العقل على معنى واحد في كل الفروض<sup>(٢)</sup>.

وينبغي بالتالي في مجال تفسير النصوص القانونية المطعون عليها -وعلى الأخص إذا شابها غموض في بعض جوانبها أو أحاطها في كل أجزائها- الرجوع إلى مضابط السلطة التشريعية، وإلى أقوال أعضائها، وشهادة الخبراء الذين استدعيتهم في لجان الاستماع، وكذلك إلى الحقائق التاريخية، خاصة وأن هذه الوثائق جميعها قد تقدم لإجابة من نوع ما على فروض لم يتوقعها المشرع، أو يأخذها في اعتباره، بما يجعل هذه الفروض مسائل مسكوتاً عن تنظيمها.

١٠٠- ويلاحظ كذلك أن قراءة النصوص القانونية، مسألة مختلفة من كل الوجوه عن إعادة كتابتها.

كذلك فإن قراءتها، قد تدل على أن ما هو مدون فيها، يناقض روحها ونوايا المشرع في شأنها<sup>(٣)</sup>.

ولإخضاع النصوص القانونية المطعون عليها في مجال تفسيرها لضوابط منطقية، حقيقة قانونية لا نزاع فيها. ويندرج في إطار هذه الضوابط:

أولاً: أن القانون للبطل لا ينقلب صحيحاً لمجرد قدم العهد على تطبيقه.

(١) Oliver.W.Holmes "The Theory of Legal Interpretation", in Collected Legal Papers 207 (New York: Harcourt, Brace 1920).

حيث يقول:

"We do not inquire what the legislature meant , we ask only what the Statute means".

(٢) McCulloch v.Maryland, 17 U.S. (4 wheat) 316,314 (1819).

(٣) United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 139,201 (1979).

ثانياً: أن عناصر خارجية ينبغي الاعتماد عليها في مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، من بينها الأوضاع للقاهرة التي أحاطتها عند صدورها.

ثالثاً: أن إبطال بعض أجزاء القانون، لا يفيد بالضرورة إنهاء العمل ببقائه.

وإنما يجب فصل النصوص التي أبطلتها جهة الرقابة القضائية عن سواها من أجزاء القانون، وتطبيق باقيها على الفروض التي تولدها، بشرط ألا يكون المشرع قد نظر إلى أحكام القانون جميعها باعتبارها واقعة في إطار وحدة عضوية لا تنقسم مكوناتها، وألا يكون منافياً لحكم العقل تطبيق ما بقي من نصوصه بعد إبطال أجزائه المنقضة للدستور.

رابعاً: أن القيود التي تحد بها السلطة التشريعية من ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية بما يخرج عن حدود تنظيمها، تكون عديمة الأثر قانوناً. وليس لها كذلك أن تمنعها من تطبيق قانون في نزاع معروض عليها، أو من الفصل في دستوريته، إلا بناء على نص في الدستور.

خامساً: أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لا يجوز أن تتسامح في القيود التي يفرضها المشرع على الحرية، إلا بقدر ضرورتها، واتفاقها مع القيود التي تقابلها، والمعمول بها في الدول الديمقراطية الحرة.

سادساً: أن النصوص للقانونية ينبغي أن ترتبط عقلاً بالأغراض التي تتوخاها، بما يكفل لهذه النصوص -كوسائل أتخذها المشرع- تحقيق الأغراض التي استهدفتها.

سابعاً: أن الإجماع ليس مطلوباً في قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، إذ الأصل هو أن تنقسم آراء قضاتها بين مؤيد ومعارض لغالبيتهم، وأن يكون موقفهم من حكمها إما انحيازاً لمعطوكة والدعائم التي قام عليها؛ وإما استقلالاً عنها بما يعارضها كلية، أو يوافقها في بعض أجزائها.

ثامناً: يفترض في النصوص القانونية المطعون عليها موافقتها للدستور، وهو ما يقتضى تفسير هذه النصوص -وبقدر الإمكان- بما يجنبها منقضة أحكامه.

بيد أن هذا الافتراض لا يؤخذ به على إطلاق، بل يتعين حصره في نصوص الدستور التي تنظم تقسيم السلطة وتوزيعها، دون حقوق الأفراد وحيرياتهم التي يعامل كل عدوان تشريعي جسميم

عليها باعتباره مشتبها فيه، مقتضيا رقابة صارمة أساسها أن تقييد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة قاهرة، وبأقل الوسائل لإخلاها بها<sup>(١)</sup>.

١٠١- والأصل في جهة الرقابة على الدستورية، هو أن تبدأ مدولاتها بعد أن يقوم رئيسها بمرض لواقعة النزاع وبيان حكم القانون بشأنها بصورة مبدئية، ثم يليه بعد ذلك الأقدم فالأقدم من قضاة هذه الجهة.

وبانتهاء هذه المرحلة التي تتناول عرض القضية المطروحة من جوانبها الواقعية والقانونية، ينجلي القضاء بأصواتهم بدءا من أحدثهم وانتهاء بأقدمهم، حتى لا يتأثر الأحثيون في إبدائهم لأرائهم بوجهة نظر الأقدمين، وإن كان ذلك مشكوكا فيه إلى حد كبير، على تقدير أن من المفترض في الأقدمين أنهم لفصحوا عن توجهاتهم في المرحلة الأولى من مدولاتهم، بل إنهم قد يتدخلون في مرحلة الاقتراع قبل اكتمالها، بإبدائهم لوجهة نظر يرون صوابها بما يؤثر على الأحثين.

ولا مخرج من هذه الصعوبة إلا قيام جهة الرقابة على الدستورية بإجراء مدولاتها في مرحلة واحدة يندمج فيها عرض ولقعة النزاع وشرحها، بالاقتراع على حكم الدستور في شأنها، لا من رئيسها ثم الأقدم فالأقدم من قضاتها. بل من أحدثهم صعودا إلى أقدمهم، وهو ما عليه العمل في المحكمة الدستورية العليا.

وبانتهاء المدولة في القضية المعروضة، يقوم عضو جهة الرقابة بإعداد مشروع حكم يبلور فيه وجهة نظر الأغلبية، بعد أن يكون رئيس هذه الجهة قد أحال إليه القضية التي ينطبق بها هذا المشروع.

وما ينبغي أن يلاحظ في هذا الشأن، هو وجود نظامين لتوزيع القضايا:

**أحدهما:** أن يوزع رئيس جهة الرقابة القضائية على الدستورية القضايا على أعضائها قبل إجراء أية مداولة في شأنها. وعندئذ يصبح هذا العضو مقرر القضية التي أحالها إليه رئيس هذه الجهة. فلا تبدأ مدولاتها بين أعضائها إلا بعد أن يعرض المقرر واقعة النزاع، بجوانبها المختلفة مع

(١) Gerald- A. Beaudoin. "La Constitution du Canada", 2e tirage revise 1991, p.164-166, 170.

تصور مبدئي لحكم القانون بشأنها. ثم يقوم كل عضو -بدءاً من أحدثهم وانتهاء بأقدمهم، بإبداء وجهة نظره الواقعية والقانونية- في النزاع المطروح<sup>(١)</sup>.

وثانيهما: أن يقوم رئيس جهة الرقابة على الدستورية -وبعد انتهاء مداولاتها المبدئية- بتوزيع كل قضية على من يختاره من أعضائها.

وبفضل هذه الطريقة على الطريقة الأولى، هو أن عملية التوزيع في الطريقة الثانية لا يجريها الرئيس إلا بعد وقوفه على آراء الأعضاء جميعهم، وتعرفه على من يكون من بينهم أكثر قدرة على إعداد مشروع الحكم من زاوية معلوماته الأعرق، أو توجهاته الأقرب من صورة النزاع وحقيقته. فلا يكون الاختيار إلا للأكدر على تكوين مسودة الحكم في صورتها الأولية.

ويمكن ذلك بالضرورة على عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية؛ وعلى الدور الذي يلعبه رئيسها في مجال تنشيطها. وهو دور يظهر بوضوح متى اختار الرئيس قاضياً من الأغلبية يكون أكثر اقتراباً من الأقلية في وجهة نظرها، حتى يحصل على توافق في الآراء حول الصيغة النهائية لمشروع الحكم قبل صدوره.

وقد يختار الرئيس أن يعد هو مسودة مشروع الحكم في القضايا الحيوية، أو التي تعتبر علامة بارزة في اتجاه تعميق دور المحكمة.

وفيما عدا هذا الاستثناء، فإن القاضي الموزعة عليه القضية، هو الذي يقوم بتكوين مشروع الحكم الصادر فيها، بأدنى ذلك كل جهده بالتعاون مع معاونيه في بعض النظم، ومنفرداً في نظم أخرى<sup>(٢)</sup>.

ثم يعرض هذا المشروع في صورته المبدئية على القضاة جميعهم. ويعتبر هذا العرض محورياً في مجال تحديد الصورة النهائية للدعائم التي يقوم عليها الحكم. ذلك إن القضاة -ومن خلال سيرهم لهذا المشروع واستشرافهم أبعاده- قد يغيرون من أصواتهم، ويحازون لفرق دون آخر. فلا تكون

(١) هذه الطريقة هي المعمول بها في المحكمة الدستورية العليا.

(٢) في الولايات المتحدة الأمريكية يد القاضي المشروع المبدئي لمسودة الحكم بالتعاون مع من يتبعه من المتخصصين في علم القانون العاملين في مكتبه Law Clerks. ولا وجود لمثل هذا النظام في مصر.

مواقفهم في صورتها النهائية، غير طرح جديد لموضوع اللزاع، على نحو يؤدي إلى انقسامهم وتبعثر أصواتهم، أو إلى تكتلهم من جديد في اتجاه دون آخر.

وهو ما يعنى أن القضاة قبل أن يتخذوا قراراً نهائياً في مشروع الحكم المعروض عليهم، يتبادلون الآراء فيما بينهم حتى في أحاديثهم التليفونية أو الجانبية أو عن طريق أوراق يتبادلونها فيما بينهم، أو على موائد الطعام التي تجمعهم، أو تضم فريقاً منهم.

. ومنهم من يرض أكثر من تعديل على مشروع الحكم، أو يقترح صياغة جديدة أكثر من مرة حتى يظهر في الصورة النهائية التي يوافق القضاة عليها<sup>(١)</sup>.

وكثيراً ما يفضى تعمق مشروع الحكم من خلال تكلبه على أوجهه المختلفة فيما بين القضاة الذين يحصونه، إلى تحول أصواتهم وانقلابها، وإلى تبادل الأغلبية والأقلية لموقعيهما.

بل إن القاضي المعهود إليه بإعداد مشروع الحكم، قد بلغت نظر زملائه إلى أوجه الخطأ فيه، ويعرض عليهم نواحي هذا الخطأ مرفقاً بها تصوره الجديد لمشروع بديل، فإذا أقروه، كان ذلك هو الحكم النهائي في الدعوى.

وفي ذلك مؤشر واضح على الضغوط النفسية التي يتعرض لها القاضي الذي يعد مشروع الحكم. إذ عليه أن يصوغ هذا المشروع بطريقة تعبر بدقة عما قصدته الأغلبية حقاً وصداً، وأن يكون كافياً -على الدعايم التي يقوم عليها- لقبولها به.

وسببه في ذلك يدل على الإستراتيجية التي يختطها في مجال إقناعهم بوجه نظره. وهو يخاطبهم جميعاً وكأنه يرقص كالمقاتلين بسيفهم، كي يصل إلى نتيجة يؤيدونها دون أن تصيبه نصالهم. فلا يكون المشروع النهائي للحكم، إلا ثمرة توازن دقيق بين وجهات نظر مختلفة، تؤيدها دعايم كافية الحكم يكون مدخلها تفاوضاً مضنياً، أو حتى المساومة أحياناً.

ولا كذلك القضاة الذين يدونون آراء منفصلة -موافقة أو معارضة للأغلبية- تلك إنهم لا يتحدثون باسم المحكمة.

(١) W.Brennan, Jr., "State Court Decisions and the Supreme Court" Pennsylvania Bar Association Quarterly, 405 (1960).

وبينما يفصح المعارضون للأغلبية عن رأيهم فى انطلاق، فإن القاضى الذى يعبر عن وجهة نظر الأغلبية، كثيرا ما يكون حريصا، يعطى لكل كلمة تضمنها للحكم وزنها، نائيا بها عن احتمال تعدد تأويلاتها. فلا تكون الكلمة إلا فى سياق عبارة تتصل بها. ولا تكون العبارة فى مجملها إلا تعبيراً متكاملاً عن حقيقة المقصود بها.

وليس لهذا القاضى بالتالى، أن يعطى تصورا عما ينبغى لجهة الرقابة على الدستورية أن تحذره مستقبلا، وإن كان ذلك هو ما ينحاه للمخالفون للأغلبية، الذين يتصورون غالبا أن آرائهم تبلور الحقيقة التى نقضها الحكم الذى خلفوه، وأن جهة الرقابة على الدستورية لابد أن تعدل يومئذ عن خطئها السابق.

وهم إذ يعلنون مخالفتهم لرأى الأغلبية قبل أن يصدر به الحكم، فإنهم ينتقدون هذه الأغلبية فى واقع الأمر.

وقد يكون جهرهم بأنهم يعارضونها، بمثابة تهديد للأغلبية بحملها على أن تصوغ حكمها فى حدود ضيقة تحد بها من اتساع عباراته، أو تخفض من لهجتها ونبرتها، بما مؤده أن توزع مسودة مشروع الحكم على القضاة فى مجموعهم، ينير الطريق إلى بلورة أحد آرائهم، وإلى دعائم أوثق لحمل الحكم عليها، وإلى اختيار العبارة الأتق لضبط معانيه، وإلى التركيز على صورته الإجمالية، كى يكون أكثر إقناعا وحسما.

١٠٢- وفى إطار هذه المنظومة المتكاملة لعملية اتخاذ جهة الرقابة القضائية على الدستورية لقراراتها -الناجمة عن قدرة على إجراء الحوار، ورغبة صادقة من القضاة فى النظر فى الدعايم التى يقوم عليها المشروع، وتقريبها من وجهة نظرهم، ومحاولة تعديلها قدر استطاعتهم، ليكون الحكم النهائى أكثر تعبيراً عن آراء متوافقة متوازنة- لا يكون دور رئيسها جانبيا، وإنما يظهر بين زملائه كرمز للجهة القضائية التى يرأسها، The Titular Head. فهو يعد جدول القضايا التى تنظرها، ويدير مداولاتها، ويتصدر جلساتها، ويقود الحوار فى النقاط التى يدور الجدل من حولها. وهو -فيما بين زملائه- الأول بين نظراء A First Among Equals، والأكثر اتصالا بالجهة القضائية التى يرأسها باعتباره متوليا ألق مشورتها، كافلا تكاملها فى إدارة مهامها، واتخاذ ما هو هام من قراراتها، مؤثرا فى اتجاهاتها. وعلى ضوء شخصيته وقوته وتميزه، يتحدد لهذه الجهة طريقها سلبا أو إيجابا، 'فلا'

تتطبع عليها غير صورته في عزمها وإينها؛ في انطلاقها وترجعها؛ في حيويته وخنوتها؛ في نهوضها وكبوتها.

١٠٣- وتوازن جهة الرقابة على الدستورية بين طبيعة المسائل التي تنظرها وتقدمها من جهة؛ وضرورة نظرها بما يجتنبها بيروقراطية الفصل فيها من ناحية ثانية.

ذلك إن تقدير هذه الجهة وعلو مكانتها، مرتبط بكفاءتها في إنجاز عملها؛ وبقرتها على حسم المسائل التي تعرض عليها دون تردد، خاصة ما يتعلق منها بالملكية والحرية وبالحق في الحياة.

كذلك، فإن ما ينبغي أن تنقسم به هذه الجهة، هو أن يكون التعاون بين قضائتها بديلاً عن التناحر. فلا نجد الآراء المتصلية طريقها إليهم. بل ينبغي أن يكون تنافسهم من أجل الحقيقة؛ وخلافهم دائراً حولها؛ وجلهم مهنيّاً لا شخصيّاً؛ خاصة وأن كثيراً من المسائل التي يتناولونها يبحثهم تشير نقاطاً قانونية بالغة الدقة. وقد تختلط فيها السياسة بالقيم الاجتماعية والخلقية كذلك المتعلقة بعقوبة الإعدام، والإجهاض، والحقوق المدنية، ومفهوم المطبوع الداعر، وقواعد تطبيق شرط الحماية القانونية المتكافئة، وصور العدوان على الأفراد من خلال تعذيبهم أو إهانته، أو احتجازهم بدون حق.

وانتصارهم للحقيقة وحدها، يدعوهم في بعض الدول إلى إعلان آرائهم المخالفة -التي قد تكون أحياناً حادة في نبرتها- وتسجيلها<sup>(١)</sup>.

وتبدو أهمية هذه الآراء وضرورتها في أنها تقوم على تشريح كامل لراي الأغلبية، وتحليل لجوانبه المختلفة، بما يحول دون تحكم الأغلبية، ويلزمها بأن تصوغ حكمها بطريقة متعقّلة.

(١) في بعض النظم كمصر، لا يعرف أحد من الذي دون الحكم، وما هي حقيقة الاعتراضات التي أجادها بعض قضاة المحكمة عليه. إذ يظل كل ذلك مكتوماً عن الناس نذراً بقاعدة سرية المداولة التي تخرج بها في مصر عن مفهومها الصحيح. ذلك أن السرية لا ينبغي أن تحول دون أن يكون للقضاة كلمتهم التي يجرون بها عن موافقهم من الحكم سواء بتأييده أو انتقاده، لأن ذلك وحده إثراء للجلل المهني وتبصير الرأي العام بأن هناك مسائل خلافية لم ينحسم أمرها بعد عند القضاة المخالفين، وأن لكل من المؤيدين والمعارضين للحكم وجهة نظر مدعومة بالحجج القانونية. وفي ذلك إثراء للبحث العلمي بديلاً عن القاعدة المعمول بها في مصر التي تدعو إلى التواكل والسلبية، وكذلك الانتهازية أحياناً، من خلال نكث بعض القضاة لدعم اتجاه خاطئ، وهم آمنون أن أحداً لن يعرف شيئاً مما يغطون

كذلك فإن بعض الآراء المخالفة، لها من قوتها، ومثانة حجتها، وعمق تأصيلها نقاط التوافق والتعارض، ما يجعلها مستقبلاً جاذبة لأغلبية جديدة تتحاز لها.

وهو ما يعنى أن الآراء المخالفة تؤكد استقلال القائلين بها، وأنهم لا يميلون لخير الحقيقة التى يؤمنون بها، وأن مردها إلى تعدد المسائل التى يبحثونها، وأن من يبدونها لا يندرجون فى إطار كتلة محافظة، أو متحررة، داخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وإنما يعبرون من خلالها عن وجهة نظر قانونية يرونها أكثر صواباً.

١٠٤- وفى مصر لا يجوز لقاضٍ فى المحكمة الدستورية العليا، أن يعلن عن موقفه من الحكم الصادر عنها فى نزاع معين، ولو كان رأيه أكثر صواباً، وحجته أكثر إقناعاً، وفهمه لواقعة النزاع ويصره بجوانبها، حديثاً.

وإنما يظل رأيه مكتوماً، ودعائمه غائبة عن أن تتصل يد بها، والحقيقة التى آمن بها مطمورة فى زوايا النسيان، فلا يكون لاجتهاده من فائدة، ولا لحاظه بأبعاد موضوع معين منتجاً.

وعليه بالتالى أن ينضم إلى القضاة الذين خالفهم، وأن يوقع الحكم معهم، وكأنهم جميعاً متفقون فيما بينهم على مضمونه ولبعاده.

وحتى القاضى الذى صاغ الحكم بيده، وعبر فيه عن رأى الأغلبية بالفاظه، وبالدعائم التى ساقها لاجتهاده، لا أحد يعرفه.

ومثل هذا التنظيم القائم على التترع بسرية المدولة، تقارنه محاذير كبيرة أهمها:

أولاً: أن لكل قاضٍ شخصيته وثقافته وتوجهاته التى ينفرد بها. فإذا كان التنظيم القائم يجعل به، فإن دوره فى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وقدر إسهامه فى نشاطها، يظل خافياً.

وهو ما يناقض ما عليه العمل فى الدول لمتحضرة جميعها، وفى محكمة العدل الدولية ذاتها التى تفصل فى مسائل بالغة الدقة ينطبق بعضها بحقوق السيادة التى تنتزعاها الدول التى تمثل أمامها. ذلك إن القضاة لا يتفاضلون على بعضهم إلا من خلال جهدهم ممثلاً فى أحكامهم التى دونوها بأيديهم.

وبكر ثقافتهم، وعمق وعيهم، وحدة ذكائهم، ولوع أبحاثهم للقانونية، ودرجة ثرائها، يكون لأحكامهم ولأجتهاداتهم قيمتها وأصالتها. وفي ذلك تقييم لكل قاضٍ من منظور موضوعي.

ثانياً: أن لسرية المدولة مفهوماً ينبغي أن ينحصر في المرحلة السابقة على صدور الحكم، والمتعلقة بما يؤثر بين القضاة من حوار وجدل حول المسائل المتنازع عليها، ومحاولتهم للتوفيق بين جوانبها، ونظرهم في مشروع الحكم المقدم بشأنها، وتعليلهم بعض أجزائه ومراجعتها، حتى يظهر في الصورة التي يرتضونها.

فإذا ما صدر الحكم، فإن ما اتفق عليه القضاة، وإن كان يبلور رأى الأغلبية التي يصدر الحكم عنها، إلا أن الحكم يظل منسوباً في صياغته إلى القاضي الذي أعلنه باسمها.

أما القلة التي تعارضه، فإن من حق كل فرد فيها أن يسجل علانية رأياً مخالفاً للأغلبية، لا ليحط من قدرها، وإنما ليدعم وجهة النظر التي يؤمن بها. فلا ينزع إلى آراء لم يقم بدراستها أو بحثها بصورة عرضية غير نافذة؛ أو لنحاز فيها إلى فريق دون آخر بغیر وعى بنتائجها أو إبداءها دون غوص في بحارها. وإنما يطن رأياً موثقاً ومدعوماً، قلتماً على ما يراه أكثر صواباً وأمتن عارضة. فلا يكون رأيه المناقض للأغلبية إلا إثراء للحقيقة القانونية، مؤكداً استقلال شخصيته، ويقتله ضميره.

ثالثاً: أن ما نلاحظه اليوم في كل جهة قضائية، أن سرية المدولة هي للريسة التي يتخفى وراءها بعض القضاة الذين يتسلبون من واجباتهم، فلا يعيرونها لفتناً، قلعين بأن تثير الحوار وتوجه قلة من بينهم. فلا يحتاجون إلى مبادلتها عمق بمق، ولا إلى الرد على حججها بما يقابلها. وإنما يؤثرن صمتاً أو دوراً متضاداً، بدلا من أن يكون جهدهم علماً نافعا.

رابعاً: أن من حق القضاة الذين تتناضل آراؤهم مع زملائهم في إطار من الحقائق العلمية، أن يكون موقفهم من الأغلبية واضحا وقاطعا.

فإن هم عارضوا وجهة نظرها، فإن تسجيلهم لأرائهم هو الضمان لبيان نواحي الخطأ والتقصير في الحكم. فلا يركنون إلى كثرة جانبها الحق، ولا يقرعون لصالحها ممالأ لها، ولا يعارضونها بغیر حجة ظاهرة، وإنما يحرصون على الحقيقة حتى لا تحيط بها الظلمة التي تلمسها.

خامساً: أن الذين وضعوا الدستور، صاغوه في لغة عامة تاركين للأجيال القادمة مهمة مواومة هذه اللغة مع أوضاع تتغير باطراد في الجماعة التي تعايشتها.

وهذه اللغة العامة، هي التي تتحقق بها المرونة للكافية التي يواجه بها القضاء صوراً من النزاع لم يكن الدستور قد توقعها، أو ما كان لها أن تنور أصلاً لولا تخلى السلطتين التشريعية والتنفيذية عن واجباتهما الدستورية<sup>(١)</sup>، مما حمل جهة الرقابة القضائية على تقرير حلول قضائية تقدم بها الترضية الملائمة لهذه الأوضاع.

ذلك أن قضاء جهة الرقابة على الدستورية، وإن كانوا غير مسئولين أمام أحد، إلا أنهم ضمير أمتهم وصورتها، فلا يكون تدخلهم على هذا النحو، إلا تطويراً للدستور بصورة تعمق حياته وتثريتها  
A living Constitution with a Vengeance

ولئن صح القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تزدهر بفسير قضائتها الذين يفسرون اللغة العامة للدستور، وتتعد تأويلاتهم بشأنها؛ إلا أن واجبهم يلزمهم بأن يكونوا أكثر يقظة في مجال ربط نصوص الدستور ببعضها، واستخلاص ما يكون من معانيها أكثر اتفاقاً مع روح العصر.

فلا تكون مناقشاتهم حول معنى الدستور، وما ينبغي أن يعتبر تطويراً لأحكامه، جدلاً دائراً في غرفة مغلقة لا يتصل أحد بها، بل يتعين في مرحلة بذاتها أن تكون آرائهم معلنة وقروفا عليها وتبصيراً بها، وإلا صار نقاشهم عقيماً لا يجاوز اللحظة الزمنية التي تم فيها، ومُجهلاً، فلا يبرقه غير القضاء الذين أدأروه.

سادساً: ويزيد من دقة الأمر أن ما يعتبر مطلوباً اليوم من جهة الرقابة القضائية على الدستورية، ليس موقفاً سلبياً من الدستور. بل قوة دافعة ومتدفقة لا تضيّق من حقوق الأفراد وحيرياتهم أو تضيق بها، بل توسعها، ولا تنقض بصرها عن أوضاع الأقلية، بل تمدّ يدها إليها لحمايتها، ولا تكفل لكل جماعة أسمى تمثيلها Underrepresented غير دعم يوازن بين حقوقها وواجباتها.

(١) من بين ذلك نظى السلطة التشريعية في مصر عن تنظيم كثير من المسائل الشائكة في العلاقة بين المؤجر والمستأجر مما حمل المحكمة الدستورية العليا على التدخل فيها من خلال الحلول القضائية التي قررتها لها.

ومما يتصل بعمل جهة الرقابة على الدستورية، أن نشاطها ينبغي أن يمتد إلى مناطق غير مطروقة؛ وإلى تعميق مناطق مألوفة دروبها؛ وإلى فرض قيم تراها الجماعة ضرورية لتقدمتها؛ أو تكون لازمة لإصلاح شأنها<sup>(١)</sup>؛ بما يعيد التوازن في المصالح، بين قطاعاتها المختلفة.

وقد يقال بأن توجد نشاطها على هذا النحو، يعود في مضمونه ومداه، إلى قضاء متحررين، متوثبين، يناهضون زملاء لهم متحفظين أو خاملين، إلا أن تبسيط الأمور على هذا النحو لا يفسر النهج التقدمي لجهة الرقابة القضائية، وربما عقد هذا التصير.

والأدق أن يقال بأن نشاطها ينبغي أن يتأثر بعدد من العوامل تعود في أغلبها إلى التدخل المتزايد للسلطة حتى في أخص الشؤون؛ وإلى دخول الطبقة المتوسطة بقوتها الداعية إلى مزيد من الإصلاح في الأوضاع التي تتعامل معها؛ وإلى رحابة التعليم القانوني واتساع دائرته؛ وإلى فهم أعمق لنوع من القضايا التي تبرز فيها مصالح الجماهير العريضة Public-interest litigation؛ وإلى قوة وسائل الإعلام وضغوطها؛ وإلى رفض كل طغيان للأغلبية على الأقلية؛ وإلى ضرورة تقرير حلول كاملة تحيط بالمسائل المتنازع عليها؛ وإلى رفض أنصافها أو جوانبها التوفيقية التي تدعو إليها السلطة السياسية؛ وإلى ترسم كل سلطة ضوابط المحقولة في تصرفاتها؛ وإلى أن اقتصاد السوق ينبغي أن يكون متوازنا وخلقيا وناقيا عن الاحتكار، وقلما على لتنافس المشروع، وغير طارد لكل مشروع صغير.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تتدخل هذه العوامل جميعها في اعتبارها، وأن تزن كل واقعة بما يناسبها، وأن تكون الطول المائلة هي نهاية بحثها؛ فلا تحب في أحكامها يأتها على المواطنين؛ ولا يقبلهم أو رفضهم لها؛ ولا يأتها على السلطة التي قد تعارضها.

(١) ومن ذلك قيم التوازن في المصالح التي فرضتها المحكمة الدستورية العليا في أحكامها العديدة التي أبطلت بها كثيرا من النصوص القانونية التي تنظم العلاقة بين المأجر والمستأجر Landlord-tenant relationship [أنظر في ذلك حكما في القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ يوليوز ١٩٩٥، قاعدة رقم (١) من ١٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها].

كذلك فإن الشروط التي يقوم بها حق المرأة في إجهاض نفسها، قد تكون من بين هذه القيم، ويندرج تحتها كذلك التواعد التي تنظم حق الاقتراع العام، وشروط الاستخدام في الوظيفة العامة، وشروط استعمال الوسائل الوقفية من الحمل Birth control.

فذلك كله بعيد عن مهامها، غير متصل بحدود ولايتها، ولا بالقيم التي يجب أن نراعها، ولا بالصورة التي يتعين أن تكون عليها أحكامها؛ ولا بأن يكون إقدامها متوجها بضوء الحقيقة التي تتحدد على ضوءها خطاها<sup>(١)</sup>.

---

(١) ولنا أن نتساءل ليس ضوء الحقيقة أفضل من إبلاها. وهل يتحقق للحكم الصادر في المسائل الدستورية، دوره الإيجابي في الإطلال على الحقيقة، إذا ظل رأى المخالفين لأغليته محجوباً. إن بعض الذين يدافعون عن نظام سرية المداولة المعمول به في مصر، هم فضاة استسلموا للتواكل والسلبية. ذلك أن إدلائهم لأراء مخالفة بإزمهم بالاجتهاد، وهم لا يحرصون عليه. أما القول بأن إعلان القضية المخالفين، لأنهم، يخل بالثقة الواجبة في الحكم القضائي، فوصم للمواطنين في مصر بالجهل، وبأنهم أقل وعياً ووزناً من شعوب أخرى.

### المبحث الرابع

#### نهائية أحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية

١٠٥- لا تصدر جهة الرقابة القضائية على الدستورية أحكامها إلا في نزاع يتصل بالمسائل الدستورية التي أثارها. وبقدر تعلق أحكامها بهذا النزاع، تكون لها حجية ونهائية، التي لا شأن لها برجعية أثر الحكم الصادر فيه، ولا بتطبيق هذا الحكم بأثر ملغى. ذلك أن ما يقصد بنهائية أحكامها، هو أن تكون مستعصية على الجدل فلا يرجعها أحد فيها، كي تكون أحكامها معبرة بصفة مطلقة وحاسمة عن الحقيقة القانونية التي دونتها.

ومن ثم ترتبط النهائية، بنصوص بذواتها آثارها الخصومة الدستورية، فلا مجرد الحكم بهذه النصوص من قوة نفاذها أو يبقها على حالها<sup>(١)</sup>، إلا على ضوء تطبيقها أو مخالفتها للدستور، ليكون قضاءه في ذلك فصلا.

وذلك هي السلطة النهائية التي تملكها جهة الرقابة على الدستورية في مجال تفسير الدستور.

وهي بعد ملطعة تنفرد بها ولا تراجعا فيها جهة غيرها، وتمسك بها كل قانون يتناقض الدستور<sup>(٢)</sup> حتى تسليبه وجهه الصحيح Son Vrai Visage، وإلى حد أن قرر القاضي Charles Evans Hughes بأن الدستور هو ما يقرر القضاء اعتباره كذلك<sup>(٣)</sup> ذلك أن الحكم الصادر عنهم لا يتعلق إلا ببيان حكم القانون في نزاع من طبيعة دستورية معروض عليها. وهم لا يصدرون حكمهم لإقناع غيرهم بالدعائم التي قام عليها؛ ولا في صورة مجردة تنتم بالتعميم؛ ولا على نحو يجاوز ما يكون

(١) لا يقصد بتجريد النصوص القانونية من قوة نفاذها، إلغاء هذه النصوص Repealing or abolishing a statute وإنما تعطيلها عن العمل، فلا تنفذ في حق المخالفين بها An inoperative or unenforceable statute.

(٢) أنظر حكم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

Norton V. Shelby County, 118 U.S. 725 (1886).

حيث قررت المحكمة أن القانون المخالف للدستور باطل وليس بقلون؛ فلا يخلو حقا، ولا يقتضي إقتراسا، ولا يوفر حماية، ولا يولد أحد منصباً وهو من منظور قانوني كله لم يصدر قط.

An unconstitutional act is not a law, it confers no rights; it imposes no duties, it affords no protection, it creates no office; it is, in legal contemplation as inoperative as though it had never passed.

(٣) C.E. Hughes, "We are under a Constitution, but the Constitution is what the Judges say it is", "The Australian Law Journal" 98 (1982). See also; A Bickel, "The least dangerous branch", "The Supreme Court at the bar of politics" 264 (1962).

ضروريا للفصل فى النزاع المطروح عليهم. ولكنهم يتقيدون بالحدود الضيقة لهذا النزاع، وبما يكون لازما للفصل فيه، ويقصد إيهائه فى كافة جوانبه بصورة عملية.

وينتقد بعض الفقهاء السلطة النهائية التى تملكها جهة الرقابة على الدستورية فى مجال تفسير الدستور. ويذهبون إلى أن مؤداها، أن تصير تفسيراتها لأحكامه، موازية للدستور فى قيمتها ومرتبها Equating the Constitution with the court's interpretation.

فلا يجوز لحضها أو التدليل على خطئها، بالرغم من أن السلطين التشريعية والتنفيذية تتقاسمان معها تفسير الدستور، ولهما اجتهداتهما الخاصة التى قد توفق أو تتناقض قضاء جهة الرقابة على الدستورية.

فلا تكون أحكامها تعبيراً دائماً عن صحيح حكم الدستور<sup>(١)</sup> وليس لها بالتالى أن تدعى أن كلمتها فى شأن تفسيره، نهائية، ولا رجوع فيها.

فضلا عن أن وصفها لأحكامها بالنهائية، هو تعبير عن دورها فى مجال الرقابة القضائية على الدستورية، أكثر من كونه تعبيراً عن مضمون قطعى لا رجوع فيه لأوامر الدستور.

كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية، كثيراً ما تعتمد فى قضائها على تقدير السلطة التشريعية ذاتها فى المسائل المعروضة عليها<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالتالى أن يظل تفسير الدستور مفتوحاً، وإلا ينطق طريق الاجتهاد فيه؛ وأن يتحدد معناه بالوقوت مختلفة، وعبر أزمان متعددة، لا تعتبر جهة الرقابة غير إحداها. فلا يكون فهم الدستور ولا تطويره مقصوراً عليها.

١٠٦- بيد أن أوجه النقد هذه يعيها أن السلطين التشريعية والتنفيذية، قد تعديان على نصوص الدستور من خلال تشريعات شاملة ومعقدة، تتناول مراكز قانونية مختلفة. واجتهادها فى مجال فهم الدستور، وإن جاز أن يكون محل تقدير جهة الرقابة على الشرعية للدستورية؛ إلا أن

(١) فالسلطة التشريعية تقرر على القانون على ضوء فهمها الخاص للدستور، والسلطة التنفيذية تبشر حقها فى الاعتراض عليه على ضوء فهمها للدستور.

(٢) Laurence H. Tribe, "American Constitutional Law", Second Edition, pp. 33-37.

الاحتماء وراء ذلك الاجتهاد بقصد الإقلاّت من الرقابة القضائية على تصرفاتهما، مؤداه أن ينقلب عدولهما على الدستور إلى عمل مشروع.

وهو ما يتلّى على طبيعة هذه الرقابة وأهدافها. ذلك إنها رقابة قضائية لا سياسية، وتباشرها جهة تتولى وظيفة قضائية بمعنى الكلمة؛ ولها من استقلالها وحيدتها ما يعصمها من الانحياز إلى مصالح ضيقة في مجال فهم الدستور، ورصد القيم التي يحتضنها.

ويجب بالتالى أن يكون قولها في ذلك كله نهائياً قطعاً لدابر كل نزاع يثار أمامها في شأن ذات الموضوع، حتى لا يعاد طرحه من جديد، خاصة وأن هذه الجهة لا تصدر حكماً في نقاط لا شأن لها بالمسائل الدستورية المتنازع عليها<sup>(١)</sup>؛ ولا توجه السلطة التشريعية كذلك إلى ما ينبغي أن تكون عليه صورة القانون بما نقره مستقبلاً من القواعد القانونية<sup>(٢)</sup>.

فلا جهة للرقابة تطلى نصها على السلطة التشريعية، ولا هي تتصحبها بما يجب عليها أن تفعل، ولكنها تباشر سلطة نهائية في مجال تفسير الدستور. وتظل قراراتها في شأن هذا التفسير قائمة ونافذة، إلى أن يحل الدستور وفق القواعد المنصوص عليها فيه، وهي قواعد تنسجم بنقلها وطولها وتشابكها، لضمان أن يكون إقرار التحديد على ضوء نظرة هائلة باحثة ترزّ جوانبه بقدر كبير من الموضوعية، وتمحص أبعاده عبر فترة تمتدّ رحاً من الزمن. فلا يكون التعديل عملاً مندفعاً لا تبصر فيه. بل تعقلاً ونظراً ثاقباً يبلور إرادة واعية تكفل أكبر قدر من التوافق في الآراء.

ولا كذلك مركز السلطة التشريعية التي تقوم بعملية صياغة القانون. ذلك أن تحديدنا للقيم التي يحتضنها الدستور، أو بيانها لنطاق الحقوق التي يكفلها، لا يجوز أن يكون منهياً لكل نزاع حولها.

وإنما الشأن في ذلك إلى جهة الرقابة على الدستورية التي تؤمّس أحكامها على نصوص الدستور. لتكتل بها ترصية قضائية بالغة منتهاتها An Extreme Remedy ولا يعتبر الحكم الصادر بها مرادفاً للدستور، وإنما هو ممارسة من الجهة القضائية للسلطة المخولة لها بمقتضى الدستور. A judicial ruling is not the Constitution, but an exercise of power under the Constitution.

(١) Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

(٢) عكس ذلك ما قرره جون مارشال عام ١٨٢٧ في قضية: Brown v. Maryland, 25 U.S. 12. Wheat 419.449 (1827). التي تعلق موضوعها ببضاعة مسروقة من دولة أجنبية. ثم قرر أن المبادئ ذاتها

تطبق على استيراد الولايات بضائع من ولاية أخرى.

ولأنها فضلا عما تقدم، تعتبر ملاذا نهائيا The last resort لمن يحكمون إليها في إطار وظيفتها القضائية.

فلا تفصل في دستورية نصوص قانونية تستطيع توفيقها مع الدستور، ولا في دستورية نصوص تستطيع إنهاء النزاع الدائر حولها، بغير الرجوع إلى أحكامه<sup>(١)</sup>.

وهي كذلك لا تبطل أية نصوص قانونية، يكون عوار مخالفتها للدستور مجرد شبهة لا مفاق لها. ولكنها تفصل في مسائل متنازع عليها من خلال الخصومة القضائية، وتصدر حكمها فيها وفق الدستور والقانون<sup>(٢)</sup>.

هذا إلى أن السلطة النهائية لجهة الرقابة على الدستورية في مجال تفسير الدستور، تلزمها بأن تقوم أحكامها على دعائم تحيطها قوة الإقناع. وإلا صار سهلا اتهامها بأنها تشرع لنفسها، لتعرض على الآخرين خياراتها وأولوياتها السياسية أو الأيدولوجية، بما يقيمها سلطة فوق الدستور، تعدل من قواعده يوما بعد يوم، وكأنها تعيد كتابتها من خلال قيم تصطنعها وتقرضها. وهو ما لا يستقيم.

ذلك أن نصوص الدستور وحدها -بدلا لثبات الصريحة أو الضمنية- هي ركيزتها في إبطال النصوص القانونية المطعون عليها. وليس لها بالتالي سلطة إشرافية تدعيها لنفسها لتكمل بها أو تصحح ما تراه من نصوص الدستور قاصرا أو مجريا. وإلا كان ذلك خروجاً منها على الحدود المنطقية لتفسيره Noninterpretivism<sup>(٣)</sup>.

ذلك إن إبطالها قانونا لمخالفتها للدستور، يلزمها بأن تنزل على إرادة الجهة الأعلى التي خولتها هذا الاختصاص. ولا يدعو تحريفها لإرادتها، أن يكون انقلاباً عليها بما يفقد جهة الرقابة ذاتها، سندا وجودها، ويعطيها مركزاً تتفوق به على السلطتين التشريعية والتنفيذية.

(١) Wagner v. Salt Lake City, 29 Utah 2d 42, 49,504,P.2d 1007,1012 (1972) ; Hoyle v.Mousou, 606 P.2d 240 (Utah, 1980).

(٢) Gerald Gunther, constitutional law, eleventh edition, 1985, P. 24.

(٣) ينزلق قضاء جهة الرقابة على الدستورية في أحيان كثيرة، إلى إصدار أحكام مطولة يوجهون فيها نصائح إلى المجتمع القانوني في الوقت الذي تملأ فيه هذه الجهة بإصدار آراء استشارية في المسائل التي يطلب منها النصيحة فيها P.69, volume two, 1969, eau, Modern Constitutional law.

وتظل جهة الرقابة القضائية -في حدود ولايتها- هي المفسر النهائي لل دستور. The ultimate interpreter of the constitution بما يقطع كل نزاع في شأن سلطاتها في تحديد نطاق قانون الدستور The exposition of the law of the constitution. وأحكامها في ذلك نهائية لا يراجعها أحد فيها<sup>(١)</sup>.

١٠٧- وقد أثر موضوع نهائية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا على ضوء تطبيقها للفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانونها التي تنص بأن أحكامها الصادرة في الدعاوى الدستورية، تفيد الدولة والخاص جميعهم.

ذلك أن الفقرة الأولى المشار إليها وإن أطلق لمشروع حكمها ولم يفده، وعمم مبرراتها بلا تخصيص على كافة الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية، سواء في ذلك التي تتعلق بإبطال النصوص القانونية المطعون عليها، أو بتقرير صحتها، أو بغير ذلك من المسائل الدستورية التي يكون الفصل فيها مفترضاً أولاً، للخوض في دستورية النصوص المطعون عليها، كالنص فيما إذا كان القانون المطعون عليه، قد زال وجوده بأثر رجعي من تاريخ صدوره؛ أم أن هذا القانون لا زال قائماً صحيحاً وفق الدستور؛ إلا أن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، كن لها رأي آخر في شأن نص الفقرة الأولى من المادة ٤٩ المشار إليها، أبنته في الطعن المقيد في جدولها برقم ١١٨٣٨ سنة ٦٠ قضائية<sup>(٢)</sup>، ومؤداه أن الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية، مناطها أن يكون الحكم منتهياً إلى دستورية أو عدم دستورية للنص المطعون فيه وذلك تأسيساً منها على أن:

<<الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها؛ وأن قوامها مقابلة النصوص المدعى مخالفتها للدستور بالقيود التي فرضها لضمان النزول عليها. فلا تلزم أية جهة قضائية بإلحاح الصادرة في هذه الخصومة، إلا إذا كان فاصلاً في موضوعها، سواء بتقريره اتفاق النصوص المطعون عليها أو مخالفتها للدستور شكلاً وموضوعاً>>.

<<إذا كان قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية المرفوعة إليها، منتهياً إلى عدم قبولها؛ وكان الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية؛ وكان إبطالها لا

(١) Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, (1958).

(٢) انظر حكمها في هذا الطعن الصادر بجلستها المعقودة في ١٣ من أبريل ١٩٩٧.

يقع إلا بقضاء من المحكمة الدستورية العليا؛ وكانت النصوص التي لا تبطلها لا يجوز وقفها؛ وكان تفسير المحكمة الدستورية العليا للنصوص القانونية لا يصدر حق أية جهة قضائية في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها، ما دام لم يصدر بشأن النص المطروح عليها بتفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا طبقاً للأوضاع المقررة في قانونها بشأن طلب التفسير التشريعي؛ وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" لا يتعلق بعدم دستورية النص المطعون عليه فيها، ولا بصحة هذا النص، بل كان قضاء بعدم قبول الدعوى الدستورية ذاتها، فلن تقريراتها هذه، ولو كان منطوق حكمها مرتبطاً بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، لا يكون لها تلك الحجية الملزمة التي عنتها الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانونها<>.

... تلك هي الدعائم التي قام عليها قضاء هذه الهيئة في شأن عدم التزامها بكل حكم يصدر عن المحكمة الدستورية العليا لا يتعلق بصحة النصوص القانونية المطعون عليها أو ببطلانها؛ فإلى أي حد كان حكمها صحيحاً وفقاً للدستور والقانون؟

١٠٨- ويلاحظ أن قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية، كان تعقياً منها على الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية المقيدة بجدولها رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" (١) والتي تتلخص وقائعها في أن المدعى في الدعوى الدستورية كان قد تقاضى من المستاجر - في شأن وحدة يشغلها في مبنى أنشئ عام ١٩٨٨- مقدم أجره تزيد على سنتين، مخالفاً بذلك أحكام القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، الذي فرض عقوبة جنائية على تقاضى مثل المقدم. وهذه العقوبة هي التي قررت المحكمة الدستورية في شأنها أنها لم تعد قائمة

(١) طلب المدعى في هذه الدعوى الحكم بعدم دستورية المادتين ٢٦ و٧٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستاجر، فضلاً عن المادتين ٦ و٢٢ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستاجر. وكانت المادتان المطعون عليهما في القانون الأول، قد حظرتا على المؤجر أن يتقاضى مقدم إيجار تحت أية صورة من الصور، وإلا عوقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة تعادل مئتي المبالغ التي تقاضاها. أما المادتان المطعون عليهما في القانون الثاني الذي نص على سريان أحكامه في شأن مالك المبنى المنشأ اعتباراً من تاريخ المل بهذا القانون، فقد أجازتا تقاضى المؤجر مقدم إيجار لا يريد على أجره سنين، فإذا حصل على أكثر منه، عوقب بالجزاء الجنائي المنصوص عليه في المادة ٧٧ من القانون الأول

بقانون لاحق- هو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦- الذى أعاد العلاقات الإيجارية جميعها لحكم القانون المدنى- وذلك إعمالاً من جهتها لهذا القانون باعتباره الأصلح للمتهم.

ومن ثم قضت المحكمة بعدم قبول الخصومة الدستورية لانتفاء مصلحة المدعى فى الطعن على دستورية جريمة تقاضى مقدم أجره لأكثر من سنتين، وهى الجريمة التى كان القانون السابق- رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١- قد نص عليها، ثم محاها بعدئذ القانون اللاحق عليه- وهو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦.

١٠٩- وقد قام قضاء المحكمة للدستورية الطلوا بعدم قبول الدعوى الدستورية، على دعائم لربط منطوقها بها وحاصلها:

أولاً: أن الأصل فى القانون الجنائى ألا يطبق على أفعال أتاها جناة قبل نفاذه، بل يتعين أن يكون هذا القانون سابقاً عليها. La loi préalable، وإلا كان رجعيًا.

ثانياً: أن سريان القوانين الجنائية على وقائع اكتمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان محظوراً؛ إلا أن هذه القاعدة غير مطلقة.

ذلك أن الحرية الشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائى الأسوأ؛ إلا أن هذا القانون بصونها كلما كان أكثر رفقا بالمتهم، سواء بإنهائه تجريم الأفعال التى كان القانون الجنائى السابق قد أتمها، أو بتعديل بنى العناصر التى تقوم عليها، بما يقلل من وطأ العقوبة المقررة للجريمة فى مجال تطبيقها بالنسبة إلى متهم تعلق القانونان السابق واللاحق، بمركزه فى مواجهة سلطة الاتهام.

ثالثاً: أن مشروعية العقوبة التى يفرضها المشرع كجزاء على الجريمة، ترتبط بضرورتها من جهة، وبامتناع رجعية أثرها من جهة أخرى كلما كان مضمونها أكثر قسوة.

ويتعين بالتالى كلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم، أن تُرد لأصحابها تلك الحرية التى كان القانون القديم ينال منها، وأن يرتد هذا القانون على عقبه، إعلاء للقيم التى انحاز إليها القانون الجديد، وعلى تقدير أن صونها لا يخل بالنظام العام، بل يوافقه بما يحسب دون انفراط عقده، بعد أن صار هذا القانون أكثر لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحرياتهم.

رابعاً: أن القوانين الجزائية التي نقرنها ببعض تحديدات لأصلها للمتهم، نفترض <<تفانيها جميعاً مع الدستور>>؟ <<حزناحها على محل واحد>>؟ <<حزناوتها فيما بينها في عقوباتها>>؟، فلا نرجح من صور الجزاء التي تتعامل على الملح للواحد، غير لك التي تكون في محتواها، أو لوصافها، أو لمبلغها. Le contenu, Les modalités et quantum des peines أقل بأساً من غيرها.

خامساً: أن المشرع لنقل بحق المؤجر في نقاضى مقدم الأجرة، من الحظر الكامل، إلى الحظر المنقوص، إلى إطلاق هذا الحق.

ويبدو هذا التدرج من مقارنة أحكام القوانين ٤٩ سنة ١٩٧٧ و ١٦٣ سنة ١٩٨١ و ٤٩ سنة ١٩٦٦ ببعضها.

نقد حظر أولها على المؤجر نقاضى مقدم إيجار، أيا كان قدره أو الصورة التي يتخذها. وخول ثانيها المؤجر الحق في أن ينقضى مقدم إيجار يزيد على أجرة سنتين. وأطلق ثالثها، حرية التمتع في شأن الأماكن التي لم يسبق تأجيرها، وكذلك تلك التي صارت عقود تأجيرها منتهية قبل العمل بهذا القانون أو التي تنتهى بعده، دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها.

سادساً: أن القيود التي فرضها المشرع على نقاضى المؤجر مقدم الأجرة، مع تفاوتها في درجتها على النحو المتقدم ثم التحل منها، أساسها للضرورة التي عاصرتها.

ويقدر حبتها، ثم ترخيها، ثم زوالها، كمر المشرع ما يلائمها من النصوص القانونية. ذلك إن الأصل في عقود القانون الخاص هو تكافؤ مصالح أطرافها بشأنها، فلا يميل ميزانها في اتجاه مناقض لطبيعتها، إلا بقدر الضرورة التي يتعين حال تخلفها، أن تخلى مكانها لحرية التعاقد.

سابعاً: أن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، لاحق على القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١. وقد أعاد القانون اللاحق من جديد تنظيم موضوع نقاضى مقدم الأجرة في شأن الأماكن التي حددتها مادته الأولى، مقرراً سريان قواعد القانون المدني في شأن تأجيرها واستغلالها، وملغياً كل قاعدة على خلافها، مؤكداً بذلك استئثار أصحابها بها، لتخرج هذه الأماكن بذلك من نطاق التدبير الاستثنائية التي درج المشرع على فرضها في مجال العلاقات الإيجارية.

فلا يكون تأجيرها إلا وفق الشروط التي تنطبق بشأنها إرادة مؤجريها مع من يتقدمون لطلبها، ولو كان من بينها نقاضى مؤجر مقدم إيجار عن مدة أيا كان زمنها.

وهو ما يعنى أن الضرورة الاجتماعية التى تطلق منها الجزاء المقرر بالقانون القديم، قد استقطبتا فلسفة جديدة تبنتها الجماعة فى واحد من أطوار تقدمها، قولها حرية التعاقد.

فلا يكون الجزاء الجنائى - وقد لايس القيد الذى فرضها القانون القديم على هذه الحرية- إلا منهما بعد العمل بالقانون الجديد.

١١٠- تلك هى الدائم التى قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤٨ سنة ١٧ قضائية، وموداها أن الواقعة محل الاتهام الجنائى لم تعد معاقبا عليها، ولم يعد متصورا بالتالى أن تمضى هذه المحكمة فى نظر الدعوى الدستورية المطروحة عليها، ومن ثم كان قضاؤها بعدم قبولها، بعد أن غُضّ المشرع بصره عن التدابير الاستثنائية للعلاق الإيجابية التى أبنى التجريم عليها، وخرج من صلبها.

وهى دأيم لا ينقضها الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة التفتيش، إذ هو مردود أولاً بأنه وإن صح القول بأن الخصومة الدستورية فى تطبيقاتها الأعم، هى التى يكون الحكم الصادر فيها منتهيا إلى تقرير صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها، إلا أن اتفاق هذه الخصومة تتسع لكل المعائل الدستورية التى تطرحها، وعلى الأخص ما تعلق منها بوجود النصوص القانونية المطعون عليها أو زوالها بأثر رجعى كلما كان الخوض فيها مفترضا أوليا للفصل فى دستورية النصوص المطعون عليها<sup>(١)</sup>.

ومردود ثانيا: بأن حكم الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا التى تسبغ الحجة المطلقة على أحكامها، جاء علما منصرفا إلى كل قضاء قطعى يصدر عنها فى الخصومة الدستورية فصلا فى مسائل دستورية بطبيعتها. ذلك أن الحجة المطلقة لأحكامها القطعية فى المسائل الدستورية، لا تخصيص فيها ولا تقييد<sup>(٢)</sup>.

(١) فالحكم الصادر ب انتهاء الخصومة فى الدعوى الدستورية لسبق الفصل فيها، يحول دون تقرير بطلان جديد إذا كان الحكم السابق صادرا ببطلان النصوص ذاتها المطعون عليها، فإن كان مؤكدا صحتها، استصحبها الحكم بانتهاء الخصومة، وأبقاها على حلتها.

(٢) أنظر فى ذلك قضاء محكمة التفتيش الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية المؤلفة برئاسة المستشار أحمد محمود مكى فى الطعن المتيد بجدول المحكمة برقم ١٠٤٧ لسنة ٦٣ قضائية، والطعن رقم ٦١٦ لسنة ٦٧ قضائية، والطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٦٤ قضائية. وجميعها صادرة ب جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٨٨.

ومردود ثالثاً: بأن مفهوم القانون الأصلح للمتهم، مؤداه أن قانونين قد تعلقا بالأفعال ذاتها التي جرمها القانون الأول، وتعلقا بالتالي على محل واحد، وإن كان القانون اللاحق قد محا العقوبة التي فرضها القانون السابق أو خففها.

كذلك فإن مفهوم القانون الأصلح مؤداه أن للقانونيين السابق واللاحق موافقين للسنن؛ وأن فرض العقوبة التي نص عليها القانون القديم بعد صدور قانون جديد يلغيها أو يخففها، لم يعد مسبراً بعد زوال الضرورة الاجتماعية التي اقتضتها؛ وأن موازين العقوبة ومقاييسها من جهة ضرورتها وضوابط قبولها أو اعتدالها، من المسائل الدستورية بطبيعتها، صونا للحرية الشخصية التي يخل بها إيقاع جزاء أسوأ وقعا على المتهم في شأن أفعال أتاها قبل تقريره؛ ويصونها جزاء أقل سوءاً، بما يحتم سريان القانون الجديد على الجريمة التي أتاها المتهم قبل العمل به.

ومردود رابعاً: بأن الفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، يفترض وجود هذه النصوص قانوناً. فإذا كان المشرع قد أزالها بأثر رجعي، فإن الحكم بسقوطها، يكون فصلاً في مسائل دستورية باعتبار أن التجريم قيد على الحرية الشخصية التي كفل الدستور صونها<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر في نقد قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، مقالة هامة نشرها الأستاذ المستشار عزت حنورة نائب رئيس محكمة النقض الأسبق في العدد ( ) من مجلة نادي القضاء، والتي يقول فيها أنه كان لازماً على المحكمة الدستورية العليا أن تبحث ما إذا كانت المصلحة التي توخاها المدعي في الدعوى الدستورية التي رافعها لا تزال قائمة بعد سريان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، ولا يتحقق ذلك إلا ببحتها أثر هذا القانون على المواد المطعون عليها.

ومن ثم كان هذا البحث مسألة جوهرية لتقرير توافر المصلحة أو انتفاءها. وقد قطعت المحكمة بأن هذا القانون أصحح للمتهم بعد أن لم تعد الواقعة محل الاتهام الجنائي معاقبا عليها، وأبلى حكمها هذا على التطبيق المباشر لتواعد دستورية، وأنه بذلك يكون ملازماً لجهات القضاء جميعها.

ويقول سيادته أن قانون المحكمة واضح وصريح في إطلاق القوة الملزمة لمعوم الأحكام القطعية الموضوعية التي تصدرها متى كان حكمها صادراً في دعوى دستورية. ولا يجوز مع هذا الإطلاق والتعميم تنقيح النص أو تخصيصه إذ لا يجوز الخروج على النص الواضح أو تأويله بدعوى تفسيره على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ذاتها التي اطردت فضلاً عما كذلك على أنه متى كانت التقريرات القانونية التي تضمنتها أسباب الحكم مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمنطوقه، وداخلة في بناء الحكم وتأسيسه، ولازمة للنتيجة التي انتهى إليها، فإنها تشكل مع منطوقه وحدة لا تقبل التجزئة. وأنظر كذلك في نقد قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية، د. فتحى سرور في ص ٢٢٢ - ٢٢٩ من طبعة ٢٠٠٠ من مؤلفه الحماية الدستورية للحقوق والحريات.

ومردود خامساً: بأنه كلما كان منطوق الحكم الصادر في الخصومة الدستورية، منتهياً إلى عدم قبولها بناء على تقريرائه القانونية للفصلية في مسائل دستورية بمعنى الكلمة، فإن هذا الحكم يقيد كل جهة قضائية، فضلاً عن الكافة.

ومردود سادساً: بأن ثمة قاعدتين تجريان معاً وتتكاملان: أولاهما: أن مجال سريان القانون الجنائي ينحصر أصلاً في الأفعال اللاحقة لنفاذه. وثانيتهما: سريان القانون الجنائي اللاحق على وقائع كان يؤتمها قانون جنائي سابق، كلما كان القانون الجديد أكثر يسراً.

وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه، أن ثلثيتهما فرع من أولاهما، ونتيجة حتمية لها. وكلاهما معاً تعتبران امتداداً لازماً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، ولهما معاً القيمة الدستورية ذاتها<sup>(١)</sup>.

١١١- وبالرغم من داهية هذا المنطق، إلا أن محكمة لايتض أصدرت حكماً آخر<sup>(٢)</sup> تقرّر فيه ما يناقض الأصول المبدئية لمعلم القانون، وتكون في أسبابه ألفاظاً لم تجر بها اللغة القضائية، وكأنها تفوض حرباً ضد المحكمة للدستورية العليا في مسائل تتصل من مبدئها إلى انتهاها بحقوق المواطنين وحرياتهم.

فقد جاء بهذا الحكم قولها بأنها وحدها الجهة المعنية بتطبيق القانون الأصح للمتهم، وإن مفهوم هذا القانون يتحقق، ولو في غير مسائل بالحرية الشخصية؛ بل ولو كان القانون السابق أو اللاحق، أحدهما أو كلاهما مخالفين للدستور.

ووجه الغرابة في هذا الحكم، إن مخالفة النص العقابي للتقديم للدستور، مؤداه بطلان النص العقابي، فلا يتعلق به قانون لاحق ليمر للمتهم.

فإن كان النص اللاحق هو الذي ناقض الدستور، انعدم أثر هذا النص في محور العقوبة التي فرضها القانون القديم أو في تخفيفها.

(١) دستورية عليا - إلى القضية رقم ٤٨ جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - الجريدة الرسمية - العدد ١٠ في ٦ مارس ١٩٩٧، والقضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - الجريدة الرسمية - العدد ١٣ في ١٧/٣/١٩٩٧.

(٢) أنظر ما قرره محكمة النقض برئاسة المستشار فتحي خليفة في الطعن المقيد بجدول المحكمة برقم ١٨٢٦ لسنة ١١ قضائية.

بما مؤداه أن القانون اللاحق يستحيل أن يكون أصح من القانون السابق، إلا إذا كانا معا موافقين لل دستور، وتعامدا على العقوبة ذاتها، وبما يجعل القانون اللاحق أسون للحرية الشخصية للمتهم. ذلك أن الحرية الشخصية التي كفلها نص المادة ٤١ من الدستور، يحميها القانون الأصح إذا أزال صفة التجريم عن الأفعال التي ألتها قانون سابق، أو جعل عقوبتها أخف.

فإذا لم يكن لقانون لاحق من شأن بالحرية الشخصية، فإن النظر إليه فسى مولزين العقوبة لتقييمها، ولتحديد أخفها وأصلحها للمتهم بالتالي، يكون لغوا.

١١٢- وإذ أعلنت النيابة العامة -وبعد صدور حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية المشار إليه- اتهام المدعى فى الخصومة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية، فقد أقام منازعة تنفيذ أمام المحكمة الدستورية العليا، وأسسا على أن الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمواد الجنائية، يعوق تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا فى الخصومة الدستورية المشار إليها. وقد قضت هذه المحكمة فى منازعة التنفيذ المرفوعة إليها- والمقيدة بجدولها برقم ١ لسنة ١٩ قضائية- بالاستمرار فى تنفيذ حكمها الصادر فى ١٩٩٧/٢/٢٢ فى الخصومة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية، وذلك فيما فصل فيه من اعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦ قانوناً أصح للمتهم مع ما يترتب على ذلك من آثار، تأسيساً على أن الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى الدستورية، تتناول تلك التى تصدر ببطلان أو بصحة النصوص القانونية المطعون عليها؛ وكذلك تلك التى تصدر بعدم قبول الخصومة الدستورية فصلاً فى مسائل دستورية<sup>(١)</sup>.

(١) للتنضبة رقم ١ لسنة ١٩ قضائية "منازعة تنفيذ" -جلسة ١٠/٣/١٩٩٨- قاعدة رقم ٢ - ص ٧٦٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

### الفصل السادس

#### الرقابة القضائية على الدستورية: وسائلها الفنية

١١٣- وإذا كان لجهة الرقابة على الدستورية، أن تنتظر إلى الدستور باعتباره وثيقة ثابتة بالحياة لا يرتبط تطبيقها بالضرورة، بالأوضاع التي قام عليها عند صدوره؛ وكان ذلك يخلوها أن تنصر الدستور على ضوء نظرة متطورة لا تتحكم فيها غير المفاهيم المعاصرة، (إلا أن هذه السلطة هي بعيدة في مداها- ينبغي موازنتها ببعض القيود التي تقتضيها هذه الجهة من نفسها كضوابط ذاتية على نشاطها؛ وتتطلبها خصائص وظيفتها القضائية.

#### أولاً: القاعدة الكلية للرقابة القضائية على الدستورية

١١٤- وهذه القيود الذاتية التي تفرضها المحكمة بنفسها على أحكامها، مردها إلى قاعدة كلية تحملها على ألا تفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها.

بيد أن تقاديرها الفصل في هذه المسائل قد يتخذ شكل تأجيلها<sup>(١)</sup>، وإن كان هذا التأجيل ليس مرغوباً فيه أصلاً، خاصة في مجال حقوق الأفراد وحياتهم التي لا يجوز أن تظل للنصوص القانونية التي تخل بها، في مأمن من تدخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية لتقرير صحتها أو بطلانها، رغم خطورة الآثار المترتبة على تطبيقها، ويوجه خاص كلما استطل زمن سريانها؛ وكانت المطاعن الموجهة إليها غير ظاهر تهالوها Patently frivolous، وإنما تساندها دلائل رجحان صحتها.

وامتناع جهة الرقابة للقضائية على الدستورية عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها أو تحاشيها، يفيد بحكم الاقتضاء العكسي، ألا تفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، ما لم يكن ذلك ضرورياً بصفة مطلقة Absolutely necessary.

وهذه الضرورة المتناهية في شدتها، هي التي توازن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بضوابط الاعتدال.

(١) كان قد طرح في عام ١٩٤٣ - أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية- طعن بعدم دستورية القانون الذي حظر استعمال الأزواج للوسائل الفوقية من الحمل ومنع تقديم أية مشورة طبية بشأنها، ولم تفصل المحكمة في هذا النزاع -ومن خلال تأجيله- إلا في عام ١٩٦٥، أي بعد أكثر من اثنين وعشرين عاماً.  
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

فلا تفصل الجهة التي تبأشر هذه الرقابة فى خصومة دستورية قبل أوانها Premature questions ولا تنتظر فى المسائل الدستورية التى تكبرها هذه الخصومة إذا صار الفصل فيها غير منتج moot cases (١).

وهو ما يعنى أن الفصل فى المسائل الدستورية لا يجوز أن يتقدم موجبته، ولا أن يتأخر عنها. ويظل التقيد بالضرورة فى درجاتها الأكثر حدة، قيداً على الخصومة الدستورية، وذلك بالنظر إلى الآثار التى يرتبها الحكم الصادر فيها على المراكز القانونية القائمة، وإحداثه اضطراباً فى صور من التعامل دخل أطرافها فيها، ورتبوا أوضاعهم على مقتضى النصوص القانونية النافذة عند إقرارها. وصار صواباً بالتالى تؤكد أن جهة الرقابة على الدستورية، لا يجوز أن تفصل فى مسائل دستورية قبل توافر الضرورة التى تلجئها للخوض فيها، والتى لا يستقيم معها أن يكون الحكم الصادر فى المسائل الدستورية المطروحة عليها، محمولاً على قاعدة دستورية تجاوزت باقتساعها نطاق الواقعة التى بنى الحكم عليها.

وليس لهذه الجهة كذلك أن تفصل فى دستورية نصوص قانونية لأحد الطاعن من مزايها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وكذلك إذا كان النزاع حول هذه النصوص قد أفرغ فى شكل خصومة وهمية، أو تصورية، أو ودية لا تبلور فى حقيقتها تنازع مصالح أطرافها بصورة حقيقية واحدة.

#### ثانياً: فروع هذه القاعدة الكلية

١١٥- ويتفرع عن القاعدة التى نلتزمها جهة الرقابة على الدستورية، وللتى نتحاشى بها الفصل فى المسائل الدستورية قدر استطاعتها، قاعدتان أخريتان، لا تفصلان عنها، بل تتكاملان معها:

(١) يكون الفصل فى الخصومة عقماً أو غير منتج إذا طرأ بعد رفعها تغيير فى واقعها أو فى القانون الذى يحكمها. فلا تظهر للمدعى فى هذه الخصومة -سبب هذا التغيير- فائدة من الاستمرار فيها. وهو ما يعنى أن شرط المصلحة يقتضى أن يكون قلماً فى الخصومة الدستورية فى كافة مراحلها

Linef v. Jafco, Inc, 375 U.S. 301 (1964)

ولا كذلك الخصومة التى ترفع قبل أوانها. ذلك أن الأصل فى الخصومة أن تتكامل عناصرها، وأن تكون خصومة حقيقية يجوز الفصل فيها قضاء. فإذا لم تتطور الخصومة على هذا النحو، تبين الحكم بعدم قبولها لرفعها قبل الأوان. ومن ذلك أن تقام الخصومة الدستورية بناء على احتمال تدخل السلطة فى حق أو حرية كلاً من المستور.

United public Workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947).

أولاهما: ألا تفصل جهة الرقابة القضائية، في دستورية نصوص قانونية، يكون بوسعها أن توفقها مع الدستور. بما مؤداه أنه كلما احتل النص القانوني المطعون عليه تفسيران: أحدهما مخالفًا للدستور، وثانيهما يقيم ذلك النص وفق أحكامه، فإن التفسير الثاني يكون هو الأخرى بالاتباع<sup>(١)</sup>.

ثانيتهما: لا يجوز للجهة القضائية أن تتسائد في حكمها في المسائل الدستورية المطروحة عليها، إلى نص في الدستور، كلما كان بوسعها حمل قضائها في هذه المسائل، على أسس لا شأن للدستور بها Nonconstitutional grounds.

### ثالثاً: افتراض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور

١١٦- وفضلاً عما تقدم، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستورية كثيراً ما تولى احترامها في مجال فصلها في دستورية القوانين - للسلطة التشريعية من خلال موافقتها على اجتهاداتها وخياراتها، تأسيساً على أن هذه السلطة أكثر اتصالاً بآمال مواطنيها، وتعبيراً عن احتياجاتهم ولأولوياتهم، وأدنى نفاذاً إلى الحقائق التي تلهمها تشريعاتها، وأعمق خبرة بعيداً من المسائل التي تتصل ببعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية.

بما يجعل تقدير السلطة التشريعية في شئون شتى، محل اعتبار جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تعبر عن موقفها من السلطة التشريعية تارة بتبنيها نظرية الأعمال السياسية، وطورا باعتقادها لافتراض مؤداه أن الأصل في النصوص القانونية، هو معقوليتها ومطابقتها للدستور<sup>(٢)</sup>. ومع ملاحظة أن إيلاء الاعتبار لتقدير السلطة التشريعية أو اجتهاداتها، وإن تحقق في مجال الشئون الخارجية للدولة أكثر من شئونها الداخلية، إلا أن عدول السلطة التشريعية على السلطة القضائية أو تدخلها في وظائفها، يجعل بالفصل في دستورية النصوص القانونية التي أقرتها، ولا يبرحها.

(١) Neese v. Southern R. Co. 350 U.S. 77 (1955).

انظر كذلك:

Farm Products v. Baldwin, U.S., 194 (1934). See also, "The presumption of constitutionality". 31 Col. Law Review (1931), p. 1136.

(٢) يقال بأنه في الدول الفيدرالية التي تتوزع سلطة التشريع فيها بين الكونجرس، والمجلس التشريعية في ولايتها، فإن إيلاء الاعتبار لاجتهاد الكونجرس يكون أكبر، وإن دلت التجربة العملية على أن المجالس التشريعية للولايات - على صعيد القوانين التي تقرأ كل منها في نطاقها الإقليمي - تكون أقل خطأ في تشريعاتها من الكونجرس.

كذلك، فإن ما توليه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من تقدير لاجتهاد وتقييم السلطة التشريعية للنصوص التي أقرتها Value Judgment، مردد أن هذه الجهة لا تعتبر مشرعاً أعلى يزن هذه النصوص على ضوء حكمتها أو بواعثها، وعلى الأخص في مناطق يتعذر عليها أن تحيط علماً بها، كتظلم السلطة التشريعية مسائل اقتصادية بطبيعتها توازن في نطاقها بين بدائل متعددة تتراوح على تقدير الحلول الأفضل لها.

ولا كذلك إنكار السلطة التشريعية حقوق الأفراد وحياتهم، أو تقييدها لها بصورة عدوانية. وعلى الأخص ما تعلق منها بضمن تبادل الآراء والأفكار في إطار من القيم التي لا يجوز إجهاضها، والتي تظل بها العقول مفتوحة على كل جديد، متقبلة ما تؤيده من المفاهيم وما تزدريه، فلا يكون مجتمعها مغلقاً. بل ثرياً بصور من الحوار تتعدد أشكالها، وتتسم برحابة أفاقها، واتساع دوائرها.

ولا يجوز بالتالي أن تفرض دستورية النصوص التي تخل بهذه الحقوق، بل تعامل بالفترض خروجها على الدستور<sup>(١)</sup>.

بما موداه أن الفترض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور، ترجحه المكانة التفضيلية التي تمثلها حقوق الأفراد وحياتهم في النظم القانونية جميعها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالي، أن تزن المسائل التي تطرح عليها بمقاييس منطقية.

فما كان منها ولقما في إطار اختصاص رئيس الجمهورية بإدارة الشؤون الخارجية، يظل بعيداً عنها. وما كان منها متضمناً عدواناً على حق أو حرية كفلها الدستور، تأخذه بحزمها.

وما كان من أعمال السلطة التشريعية أدخل إلى ملامتها، كإحيازها إلى مفاهيم اقتصادية تتعلق بحرية السوق أو بالضرورية الموحدة، أو بشروط استثمار الأموال الأجنبية فيها، ونوع وقدر المزايا التي تمنحها لها، فلن عليها أن تمتنع عن تقييمها من جديد.

على أن ارتكان جهة الرقابة على الدستورية لتقدير السلطة التشريعية في المسائل التي تنظمها، لا يجوز أن يدل على تخليها عن ولايتها.

(١) Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945).

بل يتعين أن يكون تبنيها لتقدير السلطة التشريعية منطقياً وملائماً، وعلى الأخص في مواجهة المسائل التي تنظمها السلطة التشريعية، والتي لا يكون للدستور قول فيها، بما يجعلها واقعة في نطاق سلطتها التقديرية التي يحكمها أصل مواءمة إطلاقها من القيود عليها، بشرط أن ترتبط النصوص التي نقرأها -عقلاً- بأهدافها.

كذلك فإن افتراض تطابق النصوص المطعون عليها مع الدستور، لا يجوز أن يعمل قسراً لمواجهة صور التمييز التي تفرضها السلطة التشريعية بصورة تحكيمية متوخية بها تفصيل بعض المراكز القانونية على بعض -كالتمييز بناء على اللون أو العقيدة أو الأصل الاجتماعي أو العرق Ancestry- رغم تماثلها جميعها في العناصر التي تكونها. بل ينبغي أن ينظر إلى كل إخلال بشرط الحماية القانونية المتكافئة، باعتباره مخالفاً للدستور<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: فصل نصوص القانون الواحد عن بعضها

##### The Severability or separability clause

١١٧- الأصل في نصوص كل قانون، هو تكاملها. فإذا حكم بطلان بعضها، فهل يجوز تطبيق باقيها الصحيح، أم تسقط النصوص الصحيحة تبعاً لإبطال غيرها من النصوص التي احتواها القانون.

تلك هي قاعدة فصل أجزاء القانون عن بعضها. وهي قاعدة حاصلها أن إبطال الجهة القضائية لأجزاء من قانون، لا يمنعها من فصل باقيها عنها وتطبيقها استقلالاً عن الأجزاء الباطلة من القانون، إذا كان هذا الفصل يتفق وإرادة المشرع، وكان بقاء الأجزاء الصحيحة -منظوراً إليها وحدها Staining alone- كغلاً تحقيق آثارها القانونية<sup>(١)</sup>.

وبتعبير آخر، فإن قاعدة فصل نصوص القانون التي أبطلتها جهة الرقابة على الدستورية، عن تلك التي تظل باقية من أجزائه، تفترض لتطبيقها ألا يكون المشرع قد نظر إلى نصوص القانون في مجموعها باعتبار أن وحدة عضوية تضمها بحيث تتبادل أجزاء القانون الاعتماد على بعضها

(١) Oyama v. California, 332 U.S. 633 (1948). See Also, Antieau, Op. Cit, P. 694; Torcaso v. Watkins, 367 U.S. 488 (1961).

(٢) Chaplinsky V. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

Stern. "Separability and Severability clauses in the Supreme Court", 51 Harvard Law Review (1937) P. 76.

البعض Mutually dependent upon one another، ويشترط أن يكون بالإمكان بعد إبطال أجزاء القانون المخالفة للمستور، إعمال باقيها الصحيح كقانون.

Unless it is evident that the legislature would not have enacted these provisions which are within its power independent of that which is not, the invalid part would be dropped if what is left is fully operative as a law<sup>(٢)</sup>.

بما مؤداه أن موضوع فصل نصوص القانون عن بعضها، يعود دائما إلى إرادة المشرع التي يتحدد على ضوءها، ما إذا كان يريد حقاً أن تعمل النصوص المتبقية -استقلالاً عن غيرها- كقانون. وتُعمل جهة الرقابة على الدستورية في ذلك حسن نظرها وحكمتها. وعليها بالتالي أن تؤيد كل قرينة بفصل فروع الشجرة -القانون المطعون فيه- عن جنورها.

فإذا دل قصده على أن النصوص التي تضمنها القانون، إما أن تعمل بكاملها، أو تهتر بتمامها، فقد صار متعيّناً أن يعامل هذا القانون باعتباره وحدة متكاملة أجزاؤها، وأن تسقط الأجزاء الصحيحة من القانون، بالنتيجة إلى ارتباطها بالنصوص المعيبة برابطة لا يقبل التجزئة. فلا يكون للقانون -على مجموع نصوصه- من وجود.

على أن أسكناه إرادة المشرع، قد يكون أحيانا أمراً متعذراً. ولا مفر عندئذ من الاعتماد على العلاقة المنطقية للحتمية The inextricable tie التي تربط للنصوص للقانونية ببعضها. فإذا كان متعذراً عقلاً بعد إبطال جزء منها، أن تستقل باقيها بنفسها، فإن منطوق إعمال قاعدة الفصل يكون منطقياً.

ومحكمة الولاية في الدول الفيدرالية، هي التي تقرر إمكان الفصل أو عدم جواز، على ضوء تقسيمها مقاصد المشرع المحلي، كالتشأن في تفسير القوانين المحلية الذي يعود أمره إليها بصفة رئيسية. وحين تقرر محكمة الولاية جواز الفصل، فإن قرارها في ذلك يقيد المحكمة العليا الفيدرالية. فإذا لم تدل محكمة الولاية بقول في شأن إمكان الفصل، فإن على المحكمة العليا أن تعيد الموضوع إليها كي تقوم بواجبها في مجال استخلاص إرادة المشرع<sup>(٣)</sup>.

(٢) وترجمة ذلك أنه ما لم يظهر بوضوح أن المشرع ما كان ليقر النصوص القانونية التي يدخل إقرارها في ولايته، مستقلة عن تلك التي لا تدخل في هذه الولاية، فإن الأجزاء الباطلة تسقط وحدها، إذا كان بالإمكان تفصيل الأجزاء الباقية كقانون.

(٣) Dorchy v. Kansas, 264 U.S. 286, 290 (1924).

وتفترض قاعدة الفصل بين أجزاء القانون، أن يتعلق الطعن بمطاعن موضوعية لا شكلية. ذلك أن القانون الذي لا تتوفر فيه الأوضاع الشكلية التي نص عليها القانون، لا يعتبر تشريعاً قائماً، بل يزول وجوده بكل أجزائه. ولا كذلك عيوبه الموضوعية التي يتصور معها إمكان فصل أجزائه الصحيحة الباقية، عن أجزائه المعيبة الباطلة.

وقاعدة الفصل هذه Severability Rule، هي التي تبنتها المحكمة الدستورية العليا، وذلك فيما قرره من أن النصوص التي يتضمنها القانون، لا تعتبر ساقطة بكل أجزائها، إلا في إحدى صورتين:

أولاهما: إذا كان ملحوظاً عند إقرار السلطة التشريعية للقانون، ترابط أجزائه فيما بينها، واتصالها ببعض، فلا تكون في مجموعها إلا كلا غير منقسم، بما يؤكد وحدتها العضوية، ويجعل من المتعذر فصل أجزاء القانون عن بعضها. ومن ثم أمر يعود الفصل بين نصوص القانون أصلاً، إلى إرادة هذه السلطة التشريعية<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: إذا كان ما بقي من أجزاء القانون الصحيحة، بعد فصلها عن أجزائه المعيبة، يقتصر عن الوفاء بالأغراض التي استهدفها المشرع عند إقراره للقانون<sup>(٢)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ أنه حتى لو أصبح المشرع عن إرادة فصل نصوص القانون عن بعضها إذا تقرر إبطال بعض أجزائها، فإن شرط إجراء هذا الفصل، ألا يكون قد ظهر لجهة الرقابة القضائية على الدستورية - من خلال علاقة منطقية بين نصوص القانون - أن فصلها عن بعضها، غير متصور عقلاً<sup>(٣)</sup>.

وعلى من يدعى إمكان فصل بقى أجزاء القانون الصحيحة، عن تلك الباطلة، أن يقدم للدليل على دعواه، وأن يبرهن بالتالي على أن المشرع قصد إلى إسقاط النصوص الباطلة وحدها، ليبقى

(١) ولا ينشئ ذلك أن خفاء هذه الإرادة، يقدم قرينة قانونية ضد الفصل. إذ القول بمثل هذه القرينة نظر مقيد. ذلك أن المشرع قد يسهر عن إعلان إرادته في شأن جواز أو حظر الفصل، فلا يبقى أمام المحكمة إلا أن تجتهد بنفسها لاستشفاء إرادته.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٠/١٠ - ص ١٣٥ - ١٣٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) Carter v. Carter Coal Co. 298 U.S. 238 (1936).

أجزاءها الصحيحة معمولاً بها. وليس بشرط أن يكون الدليل على توافق هذا القصد مقطوعاً به، بل يكفي التكتيل على رجحان ذلك القصد.

ذلك أن فصل أجزاء القانون عن بعضها ينالض تكاملها Entirety، ويفترض إمكان تجزئتها Divisibility. وهو افتراض ينالض الأصل في الأشياء. ولكن منطقياً بالنسبة إلى أن تسقط المحكمة نصوص القانون بتمامها. إذا كان ما بقى منها بعد إبطال بعضها يستحيل أن يقوم وحده، أو كان إعمال هذا الباقي ينالض إرادة المشرع.

#### خامساً: تطبيق القاعدة الأضيق نطاقاً لحكم النزاع

١١٨- وعلى جهة الرقابة على الدستورية في مجال فصلها في المسائل للدستورية المطروحة عليها، أن تصوغ في أضيق نطاق، القاعدة التي يقوم عليها حكمها في شأن هذه المسائل، فلا تتجاوز في اتساعها حدود متطلباتها ("The narrowest language possible").

فإذا كان نطاق القاعدة التي قام قضاء الحكم معمولاً عليها، مجاوزاً في مداه، من حدود وقائعها، فإن ما وقع فيه التجاوز يكون زائداً عن حاجة الدعوى الدستورية. فلا تقوم به دعائم الحكم الصادر فيها.

ويتصل بهذا المبدأ، ما هو مقرر من أنه متى كان القانون في مجال تطبيقه على شخص معين - لا يخل بحقوقه التي كفلها الدستور، فإن الطعن عليه بمقولة أن تطبيقه على آخرين أو على مراكز قانونية مختلفة، قد يكون مخالفاً للدستور، لا يجوز سماعه.

ذلك إن من غير الجائز أن ينزلق قضاء جهة الرقابة على الدستورية إلى تحليل كامل للنصوص القانونية المطعون عليها، يسعها في كل تطبيقاتها التي تنتم بالاعتقاد والشمول. لا استثناء من هذه القاعدة، إلا إذا كان النظر في النصوص للقانونية المطعون عليها، يؤكد شدة غموضها أو انسيابها؛ أو وقوعها فيما وراء السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق. إذ يتعين أن تعامل هذه النصوص عندئذ باعتبارها مشتبهاً فيها من وجهها، وأن ترصد جهة الرقابة على الدستورية كل تطبيقاتها المحتملة، ووفقاً عليها وتقيماً لها.

(٣) Garner v. Louisiana 368 U.S.157(1961); United State v. Raines 362 U.S. 17.(1960).

ويرتبط بحظر تقرير جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لقاعدة تكون بمداهما، زائدة على حاجة النزاع المطروح عليها، ألا تكون القاعدة التي صاغتها جهة الرقابة على الدستورية موجهة فقط لحل نزاع قائم جلبة وقائعه، حاضرة ظروفه، وإنما تصبى للنزاع محتمل قد تأتى به الأيام مستقبلاً<sup>(١)</sup>. فلا تكون تقريراتهم المجاوزة حدود النزاع، إلا شبيهة بالأراء الاستشارية التي يبدونها فى غير خصومة<sup>(٢)</sup>.

#### ساساً: تحقيق جهة الرقابة القضائية لواقعة النزاع

١١٩- وفصلاً عما تقدم، فإن الفصل فى المسائل الدستورية كثيراً يكون معلقاً على قرار تتخذه جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى شأن حقيقة الوقائع. ويبدو ذلك جلياً عند الفصل فى دستورية إجراء اتخذ بالقبض على شخص معين أو احتجازه. إذ يتعين أن يكون هذا الإجراء معقولاً كشرط لتقرير دستوريته. ولا تتحدد هذه المعقولة إلا على ضوء عناصر الواقعة محل القبض أو الاحتجاز.

كذلك فإن مناط عرقلة حرية تداول الآراء، هو أن يكون عرضها أو ترويجها مقترناً بمخاطر واضحة حدثها، وحالة فى إحداها. وهو أمر يتصل بالضرورة بمضمون هذه الآراء وكيفية عرضها، وحدود ترويجها. وجميعها وقائع ينبغي تحقيقها قبل الفصل فى المسائل الدستورية المتصلة بها. وينتزع عما تقدم أمران:

أولهما: أنه كلما كان الفصل فى المسائل الدستورية معلقاً على الوقائع، فإن تحقيقها يدخل فى ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية، ولو كانت هذه الوقائع ذاتها قد تحررتها جهة غيرها. ذلك أن تقرير جهة الرقابة لحكم القانون فى شأن واقعة بعينها، يلزمها بأن يكون دليل ثبوتها بيدها.

ثانيهما: أن كل إخلال بالحقوق التى نص عليها الدستور، يفترض أن يتعلق بمضمونها ويأثرها القانونية In substance and effect. وأن يكون مرتبطاً بالوقائع التى يعتبر تحقيقها إجراء ضرورياً لإنفاذ هذه الحقوق، وإعطائها معانيها<sup>(٣)</sup>.

(١) Brown v. Maryland, 25 U.S. [12 wheat] 419 (1927).

(٢) Chester J. Antieau, Modern Constitutional law, volume two, 1969, p.699.

(٣) Norris v. Alabama, 294 U.S. 587-590 (1935).

فحق الفرد في الحرية، يقوضه أن تقوم السلطة بتعذيبه. فإذا أثر بعد تعذيبه، بالجريمة المنسوبة إليه، فإن تحقيق هذه الواقعة يكون لازماً للفصل فيما إذا كان هذا الشخص قد حوكم بطريقة منصفة تتوافر فيها كل ضمانات مقتضيات الدفاع عن حريته الشخصية وأميته.

وبغير هذا التحقيق، فإن جهة الرقابة على الدستورية، أن تستطيع الفصل فيما إذا كان العدوان على الحق أو الحرية جوهرياً، أم أن القيود عليهما قد اقتضتها الضرورة، ومن طبيعة ثانوية لا يندحر بها الحق أو الحرية إلى حدود لا تسمح بمباشرته عملاً.

بما موداه، أن الفصل في المسائل الدستورية كثيراً ما يكون مطلقاً على وقائعها التي يدل ثبوتها على وقوع إخلال بالحق أو الحرية التي كفلها الدستور، فلا يكون تحريها أو استكمال ما نقص من عناصرها، إلا عملاً قضائياً ولقما في الحدود التي نص الدستور عليها.

وكمثال على ما تقدم، فإن تعلق الطعن بمطبوع داعر، لا يخول قضاء جهة الرقابة على الدستورية، قراءة كل كلمة تضمنها هذا المطبوع لتحديد قيمته الاجتماعية، وإلا لفل عملهم إلى نوع من الرقابة يفرضونها على كل مادة بها فكر من الاستهواء أو الاستثارة.

وفي مجال الفصل في الطعون الموجهة إلى النصوص القانونية في شأن مخالفتها لشرط الوسائل القانونية السلمية، فإن كل واقعة كان لها أثر في إقناع أعضاء السلطة التشريعية بتأييد القانون أو رفضه، ينبغي أن تحققها جهة الرقابة القضائية على الدستورية.

وعليها -وفي حد أدنى- أن تحقق في الأوضاع التي كانت تحيط بقرار القانون؛ وما إذا كان قد أفلح في دفع الضرر التي قصد إلى مولجتها؛ فضلاً عن طبيعة ونطاق الأضرار التي يكون قد ألحقها بالذين عارضوه؛ وما إذا كان بإمكان السلطة التشريعية، أن تكفل تحقيق الأغراض التي نُوختها من القانون المطعون فيه، بوسائل أكثر معقولة.

فإذا بان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن القانون المطعون عليه لم يكن فاعلاً في مواجهة الضرر التي قصد إلى دفعها؛ أو أن هذا القانون ألحق بالمدينين في الخصومة الدستورية وبغيرهم ممن يمانئونهم في مراكزهم القانونية، أضراراً لا يستهان بها، ودون ما ضرورة، فإن عليها أن تبطل القانون لمخالفته شرط الوسائل القانونية السلمية.

وبذلك الأمر إذا ظهر لها أن الأغراض المشروعة التي توخاها القانون، كان يمكن تحقيقها بوسائل أخرى أكثر معقولة<sup>(١)</sup>.

كذلك تولى جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية اهتماما خاصا بكل واقعة يكون لها أثر حاسم في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية.

فإذا كان القانون المطعون عليه، يفرض قيودا على تدول الخمر بالنظر إلى الآثار الخطيرة المترتبة على الإسكار، والتي يندرج تحتها الإضرار بالصحة العامة وبالقوى الخلقية في الجماعة، ويتفشى الفقر والعوز والجريمة، والهمم الخائرة بين أفرادها، وغلبة الفوضى في محيطها، وعلى الأكل على نحو ما؛ فإن هذا القانون -وبالنظر إلى هذه الوقائع التي يقوم عليها الدليل إحصائيا- لا يكون مخالفا للدستور<sup>(٢)</sup>.

#### سابعاً: رفض نظرية الخطأ المنقتر

١٢٠- نفترض هذه النظرية أن بعض الحقوق التي كفلها الدستور، قد تمسها في مجال تطبيقها مخالفة هينة يجوز لتجاوز عنها باعتبارها خطأ منقتر Harmless Error.

بيد أن هذه النظرية معيبة في ركائزها، وفي الآثار القانونية المترتبة عليها حتى في مجال تطبيقها بالنسبة إلى بعض الحقوق، كحقوق المتهم.

ذلك إن ضمان هذه الحقوق بكاملها يعتبر شرطاً جوهرياً لمحاكمته بطريقة منصفة أصلتها الوثائق بإدلائته أو براءته. بل أن سكوت المشرع على بيان مفردات وعناصر هذه الحقوق، يعتبر إغفالاً تشريعياً مستوجباً إبطال القانون.

ولا ينصور بالتالي أن تتحدد دستورية النصوص القانونية التي تخل بهذه الحقوق، على ضوء درجة خروجها عنها، وأن يصححها أو يبطلها خطأ ينصل بتطبيقها، على ضوء درجته، إذ هي مخالفة واحدة لنص في الدستور، لا تتركز مراتبها. وحكمها هو البطلان في كل صورها.

(١) Southern pac. Co.v. Arizona, 325 U.S. 761 (1945); Bibb v. Navajo Freight lines (1959) 359 U.S. 520; Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934).

(٢) Mugler v. Kansas (1887) 123 U.S. 623,662.

ولا يتصور كذلك، أن يدخل مفهوم الخطأ المغتفر، إلى قاعدة عامة تتصل بكل الحقوق التي كفلها الدستور.

ذلك إن القول بإمكان التجاوز عن صور من الخطأ محدودة الأثر Harmless Error يفترض رصد هذه الصور في كافة مظان وجودها، وأن يجمعها معيار عام يسعها في كل أحوال تطبيقها، لنحدد على ضوءه ما يكون من الخطأ جسيماً فلا يجوز التسامح فيه، وما يعتبر من صوره أقل حدة بما يجيز للتغاضي عنه.

فالخطأ هو المخالفة الدستورية في ذاتها، وهي لا تتجزأ بطبيعتها، ولا تكون متفاوتة في درجتها.

وليس لها من أثر سوى إبطال النصوص القانونية التي أصابها عوار مخالفتها للدستور.

يؤيد هذا النظر، أن الرقابة القضائية على الدستورية في كثير من الدول، مردها إلى مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور، ولا شأن لها بكيفية تطبيقها عملاً. ذلك أن الخطأ في تأويلها سواء بفهمها على غير معناها أو بتحريفها، لا يقعها في حماة مخالفة للدستور، إذا كانت تلك النصوص صحيحة في ذاتها على ضوء أحكامها<sup>(١)</sup>.

وربما كان لنظرية الخطأ المغتفر وجه شبه بنظرية العقوبة المبررة المعمول بها في قضاء محكمة النقض المصرية<sup>(٢)</sup>. ذلك أن نظرية العقوبة المبررة وأن كان من شأنها ألا تنقض محكمة النقض حكماً وأن المتهم بالجريمة بناء على وجه قانوني خاطئ، إذا كانت العقوبة المقضى بها تخلل

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٨٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وعكس ذلك، الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية التي تأخذ محكمتها العليا بنظرية الخطأ المغتفر في مجال

الانتهام الجللي وذلك بقولها:

There may be some constitutional errors which in the setting of a particular case are so unimportant and insignificant that they may, consistent with the Federal Constitution, be deemed harmless, not requiring the automatic reversal of the Conviction. [Chapman v. California, 386 U.S. 18 (1967)].

(٢) أنظر في نظرية العقوبة المبررة وأوجه نقدها ص ٣٩٦ وما بعدها من مؤلف الدكتور فتحى سرور في النقض في المواد الجنائية طبعة ١٩٩٧.

في نطاق العقوبة التي كان يجب الحكم بها<sup>(١)</sup>، إلا أن هاتين النظريتين تفترضان خطأ غير ضار في أحكام قضائية صدرت بالإدانة، إلا أن الرقابة القضائية على الدستورية في مصر لا تتعلق بأحكام أصدرتها السلطة القضائية. وإنما بالنصوص القانونية وحدها كي تقابلها بالدستور للتحقق من تطابقها معها أو خروجها عليها.

#### ثامنا: الضوابط الذاتية للرقابة على الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

١٢١- لا يجوز في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن تخوض في اختصاص ليس لها، ولا أن تتخلى عن اختصاص فيط بها. ذلك تسليها من ولايتها، أو مجاوزتها لتخومها، محظوران دستوريا. لا يجوز بالتالي، أن نترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديقها لها لازما، ولو قارنتها محاذير لها خطرهما.

وهي تؤكد كذلك ضرورة أن تنحصر رقابتها في حدود منطقية. فلا يكون التدخل بها مؤنسا بانفلاتها من كوابحها، بل متوازنا بما يصون موجدتها ولا يخرجها عن حقيقة مقاصدها، كأداة تكفل في أن واحد سيادة الدستور من جهة، ومباشرة السلطتين التشريعية والتقنيّة لاختصاصاتهما التقديرية دون عائق من جهة أخرى.

ومن ثم تكون الضرورة في صورتها المطلقة، هي مناط تدخل المحكمة الدستورية العليا برقابتها القضائية، فلا تفصل في دستورية نص تشريعي في غير خصوصية؛ أو في خصوصية لا تتناقض بشأنها مصالح أطرافها بما يحق تصالهما؛ ولا في دستوريته نصوص أفراد الطاعن من ثمارها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وليس لها أن تفصل في دستورية نصوص قانونية إذا كان بوسمها أن تؤسس حكمها في شأن النزاع المتعلق بها، على قاعد لا نص عليها في الدستور. وعليها في كل حال إلا تفصل في خصوصية دستورية قبل أوانها، ولا أن تنزل على الخصومة المطروحة عليها قاعدة من الدستور تجاوز بانساعها الحدود التي يقتضيها الفصل في النزاع<sup>(٢)</sup>.

#### وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا:

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية "دستورية" جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٣٠٢/٢٧  
 - من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنها لا يجوز أن تنتصل من اختصاص نسط بها وفقاً لل دستور أو القانون أو كليهما. وعليها كذلك -رينفس القدر- ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها، أو مجاوزتها لتخومها، ممتنعان من الناحية الدستورية.

ولا يجوز من ثم، أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازماً، ولو لامستها صعوبات لها وزنها، أو قارنتها محاذير لها خطرها.

بيد أن ذلك لا يعنى الانتدفاع بالرقابة على الدستورية إلى آفاق تجاوز مقتضياتها، ولا مباشرتها دون قيود تتوازن بها.

بل يجب أن تكون هذه الرقابة -ولضمان فاعليتها- محددة طرفاتها ومداخلها، جليلة أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تقيد المحكمة الدستورية العليا نفسها بها، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحد بها من حركتها، لضمان أن تكون رقابتها على الشرعية الدستورية، منحصرة في حدودها المنطقية، فلا يكون التداخل بها مؤثراً بافلاتها من كوابحها، بل متوازناً، بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مراميتها، كأداة تكفل قس أن واحد سيادة الدستور، ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون علق. ومن ثم كان اللجوء إليها مقيداً بضرورة أن يكون التدخل بها لازماً ومبرراً، ويوصفها ملاذاً نهائياً، وليس باعتبارها إجراء احتياطياً.

وعلى ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية نص تشريعي في غير خصومة، تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها؛ ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد ألون لإسائها، أو تجاوز باتساعها الحدود التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها.

وليس لها كذلك، أن تباشر رقابتها للقضائية على الشرعية الدستورية، كلما كان ممكناً حمل حكمها في النزاع المطروح على أسس آخر غير الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص المطعون فيه؛ وكذلك إذا كان الطاعن قد أفاد من مزايده؛ أو كانت الأضرار التي رتبها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالاً شخصياً ومباشراً.

وعليها دوماً -وكشرط أولى لممارستها رقابتها على الشرعية الدستورية- أن تستوثق مما إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته<sup>(١)</sup>.

وهذه الضوابط جميعها المعمول بها في التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية، تعود جميعها في منتهيها إلى حقيقة قانونية تلزمها بالآ تفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها.

#### وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

"أن الرقابة القضائية التي نباشرها لا تعتبر إجراء احتياطياً، بل ملاذا نهائياً، وعليها بالتالي ألا تفصل في الخصومة المطروحة عليها كلما كان بوسعها أن تتجنبها من خلال إسناد المخالفة المدعى بها، إلى أساس آخر يستقيم معها ويصحها<sup>(٢)</sup>."

ولئن كان من المفترض في النصوص القانونية -وكأنل عام- هو حملها على أصل صحتها، وكان اللجوء إلى الرقابة القضائية لا يجوز إلا بوصفها ملاذاً أخيراً ونهائياً، فإن من الصحيح كذلك أن الفصل في الخصومة الدستورية يفترض استلواها على عناصر تقيدها، وتطلق المسائل التي تطرحها، بنزاع لا زال حياً، داخلاً في ولايتها، فلا يكون الفصل قضائياً فيه مجرد رخصه بجوز التسامح فيها.

#### تساعاً: تقييد ضوابط الرقابة الذاتية على الدستورية

١٢٢- والضوابط المتكاملة جميعها لا ينافيها حكم العقل، ولا تتأبى على طبيعة الوظيفة القضائية، بل هي نتاجها.

فما يقال من أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل في مسائل دستورية في غير ضرورة ملجئة، مردة أن رقابتها على الشرعية الدستورية حذرة بطبيعتها، وأن الخصومة القضائية لا يجوز رفعها قبل لوانها، ولا الفصل فيها بعد أن صار النزاع عقيماً، فلا تترجى منها قلادة لها شأن.

(١) الحكم السابق.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٢/٢٤ - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ من ٥٧٤ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

والقول بأن حكمها في المسائل الدستورية، لا يجوز أن يجاوز حدود واقعاتها، مؤداه أن قضاءها في الخصومة الدستورية لا يجوز أن يكون زائداً على حاجتها. ذلك أن حكمها في الخصومة الدستورية يستقيم بغير حيثياتها الزائدة التي لا حجية لها لأن منطق الحكم يقوم بدونها، فلا ترتبط به ارتباطاً لا يقبل للتجزئة.

ولأن الأصل في المصلحة، أن تكون قائمة، وأن يقرها القانون؛ فقد تعين القول بانتهائهما في الخصومة الدستورية، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاي النصوص القانونية المطعون عليها، أو كان تطبيقها لم يلحق به ضرراً فعلياً ومباشراً.

وما قرناه من أن الرقابة القضائية على الدستورية لا تستقيم موطناً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في حماة المخالفة الدستورية، مردد أن هذه الرقابة مناطها الضرورة. وهي تكون كذلك كلما كانت النصوص القانونية المطعون عليها، عسيرة على كل تفسير يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه أن الضوابط الذاتية للرقابة على الشرعية الدستورية، أدخل في مجموعها وحقيقتها، إلى خصائص الوظيفة القضائية التي يتحقق مناط مباشرتها، كلما كان النزاع المعروض على جهة الرقابة حياً، وفي حدود أبعاده؛ وعلى ضوء توافر المصلحة الشخصية والمباشرة فيه أو تخلفها؛ وبما يكون وسطاً بين رقابة على الشرعية الدستورية تنسم بثورها، ورقابة من نوعها تبلور نراجعها<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن ما تقتضيه الوظيفة القضائية من تناقض مصالح الخصماء في الخصومة الدستورية كشرط لقبولها، علقه أن مفهوم النزاع يفترض تحقق هذا التناقض، وأن يكون النزاع حقيقياً وحاداً. فلا خصومة بغير نزاع.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ ق "دستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٧ - ص ١٠٩٩ من الجزء الثامن.

(٢) راجع في ذلك للدوى رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية جلسة ١٤/٨/١٩٩٤ - القاعدة رقم ٢/٧٧ ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### الفصل السابع

#### الرقابة القضائية على الدستورية: المطاعن التي تنطبق بها

### المبحث الأول

#### خصائص القيود التي يتطلبها الدستور

١٢٣- تتوخى القيود التي يفرضها الدستور، أن يكون لكل سلطة أنشأها، قواعد يستقيم بها بنيانها وضوابط حركتها، ودائرة عمل فيها، وقما تنزل عليها، ومقاصد تبتغيها؛ وأن يكون تمولونها مع غيرها واقما في الحدود التي رسمها الدستور؛ وأن تتوافر لكل حق أو حرية الضمانة التي نص عليها بما يصون جوهرها.

والسلطان التشريعية والتنفيذية محبتان أصلاً بهذه القواعد التي يقوض إهمالها قيم الجماعة وثوابتها، خاصة وأن الأصل في السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها قيوداً تبين تخومها، سواء في ذلك ما كان من هذه القيود متصلاً بالأشكال التي تفرغ فيها للنصوص القانونية؛ أو بضوابطها الموضوعية التي تحتم تلاقيها مع المضمون الموضوعي لقواعد الدستور.

وفيما يجاوز قواعد الدستور في جوانبها الشكلية والموضوعية، فإن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية تقتد مبرراتها؛ ولو كان المدعى في الخصومة الدستورية قد أقامها للدفاع عن مثل عليا يؤمن بها؛ أو تثبيتها لقيم ينحاز إليها؛ أو توكيدها لأشكال ديموقراطية يطلبها؛ أو إنهاء لجل يسدور حول ملازمة النصوص القانونية المطعون عليها، أو حكمتها، وما إذا كان لتقريرها من ضرورة، بل يتعين أن يستند عولها إلى شكلية تطلبها الدستور فيها، ولكنها فارقتها؛ أو إلى ضوابط موضوعية ألزمها الدستور بمراعاتها، ولكنها نقضتها.

وفيما عدا الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور في النصوص القانونية، فإن كل عيب آخر، إما أن يندرج في إطار العيوب الموضوعية بمعنى الكلمة، وإما أن يأخذ حكم العيوب الموضوعية، كعيب إساءة استعمال السلطة.

### المبحث الثاني

#### الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية

١٢٤- يكون العوار في النصوص القانونية شكلياً، إذا قام على مخالفة الأوضاع الإجرائية التي تتطلبها الدستور فيها، سواء في ذلك ما كان منها متصلاً باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية؛ أو ما كان منها متعلقاً بالشروط التي يفرضها الدستور في شأن مباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها حال غياب السلطة التشريعية أو بتفويض منها<sup>(١)</sup>.

ذلك هو الضابط العام في الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، لا يحيط بها في كل صورها، وإنما يتناولها في جوانبها الأكثر شيوعاً، وفي الأعم من تطبيقاتها<sup>(٢)</sup>.

كذلك لا يورد الدستور القيود الشكلية التي تتطلبها في النصوص القانونية، في مكان واحد، وإن كان تفرق مواضيعها لا يفيد التجهيل بها، ولا يزيل عنها صفتها كضوابط إجرائية فسي النصوص القانونية. ذلك لأن قيود الدستور -كلما توافر عنصر الإجراء فيها- تكون شكلية بطبيعتها.

- فالأغلبية الخاصة التي تتطلبها المادة ١٧٥ من الدستور لتقرير الأكثر الرجعى للنصوص القانونية، شكلية إجرائية لا بد من استيفائها لإجراء هذا الأثر<sup>(٣)</sup>.

- والمعاهدة الدولية التي لا يتم إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، تقتصر إلى الشكلية التي تتطلبها المادة ١٥١ من الدستور فيها، فلا تعد قانوناً نافذاً.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٥/٢ - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ ص ٤٥ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) أنظر في ذلك "دستورية عليا" - الدعوى رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٥٧ - ١٠٥٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية" عليا - القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - قاعدة رقم ٧/١٢ - جلسة ٢ يناير سنة ١٩٩٣ - ص ١٥٠ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. فقد دل هذا الحكم على أن توافر الأغلبية الخاصة التي يتطلبها الدستور لإقرار الأثر الرجعى للمادة ٥٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية، يتعلق بمطاعن شكلية صرفة. وليس من شأن هذه المطاعن أن تظهر النص المطعون عليه من مثالبه الموضوعية.

>>إن الطعن بعدم دستورية نص في اتفاقية دولية، إنما يطرح بحكم اللزوم توافر متطلباتها الشكائية التي استلزمها المادة ١٥١ من الدستور، ليكون لها قوة القانون، وذلك فيما يتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة<sup>(١)</sup><<.

وعرض رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية قراراً بقانون أصدره بتفويض منها أو فـى غيبتها، شكائية إجرائية تطلبها المادتان ١٠٧ و ١٤١ من الدستور. فلذا أمهل رئيس الجمهورية استيفاء هذا الإجراء، صار القرار بقانون منعماً منذ صدوره.

ونشر القاعدة القانونية في الجريدة الرسمية من أشكالها التي يرتبط وجودها بها.

ذلك إن إخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية بمضمونها، شرط لاثبتهم بمحتواها. ويفترض نفاذها بالتالي إعلانها من خلال نشرها، وحلول الميعاد المحدد لبدء سريانها.

ومن ثم يرتبط سريان القاعدة القانونية وحمل المخاطبين بها على النزول عليها، بوقوع تجربتين معاً وتتكاملان وإن كان تحقق ثانيتهما مطلق على وقوع أولاهما - هما واقعة نشرها، وواقعة انقضاء المدة التي حددها المشرع لبدء العمل بها.

فلذا لم ننتلحها على هذا النحو؛ وكان من المقرر أن القاعدة القانونية لا تحسب كذلك، إلا إذا قارنتها صفتها الإلزامية التي تميز بينها وبين القواعد الخلقية؛ فإن خاصيتها هذه تعتبر جزءاً من ملامحها، فلا تستكمل مقوماتها بقواتها.

ويؤيد هذا النظر أن نشر القاعدة القانونية ضمان لملائمتها وذويوع أحكامها، واتصالها بمن يعينهم أمرها، وامتناع القول بالجهل بها.

ومن ثم يكون هذا للنشر كافلاً وقوفهم على ماهيتها ونطاقها؛ حاللاً دون اتصالهم منها، ولو لم يكن علمهم بها قد صار يقيناً، أو كان إدراكهم لمضمونها وأما.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٥/٣٠ ص

٤٢٣ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

وحملهم قبل نشرها على النزول عليها -وهم من الأغيار في مجال تطبيقها- إخلال بحقوقهم أو بحرياتهم التي كفلها الدستور، تون التقيد بالوسائل القانونية السليمة التي حدد تخومها وفصل أوضاعها.

وصار أمراً مقضياً في كل قاعدة قانونية لا تنشر، أنها لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها، ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبر الدستور تحققها شرطاً لجواز التدخل بها لتنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

وغير صحيح القول بأن القاعدة القانونية التي لا نفاذ لها، لا تضر بأحد لامتناع تطبيقها.

ذلك إن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تستلزمها تلك النصوص التي تم تطبيقها في شأن المخاطبين بها، سواء قارنتها عندئذ أو زيلتها قوة نفاذها.

إذ يعتبر إخضاعهم لها، تدخل فعلياً Actual interference في شئونهم، ملحقاً ضرراً باديها أو محتلاً بمصالحهم، فلا تكون الأضرار التي أحدثتها تصوراً نظرياً.

فضلاً عن أن الخصومة الدستورية لا يجوز أن تتعلق بنصوص قانونية كان تطبيقها مترخياً ظم حين بعد أو ان إعمالها Pre-enforcement؛ ولا بنصوص قانونية طال إعمالها، بما يفيد إرادة التخلي عنها بعد نشرها. Dormant provisions.

فإذا كان فرضها على المخاطبين بها، ولقعا قبل نشرها، أخل سرّيتها فسي شأنهم بالحقوق والمراكز القانونية التي مستها، فلا يكون رد الحولان عليها عملاً مخالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٧٣- ص ١٠٥٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٧٣/٤- ص ١١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

### المبحث الثالث

#### ضوابط تطبيق الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية

١٢٥- ويدعى أن يلاحظ في شأن الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، ما يأتي:

أولاً: أن توافر الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور في النصوص المطعون عليها، يقتضى أن تستوفى جهة الرقابة بنفسها من انتفاء كل مخالفة لهذه الأوضاع أيا كان وجهها أو موقعها من الدستور<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن الأشكال التي حتم للدستور إفراغ النصوص القانونية فيها، تعتبر من قوالبها التي لا يكتمل لهذه النصوص كيانها بدونها. فإذا لم يصبها المشرع في قوالبها هذه، زال وجودها كتقاعد قانونية ينقذ المخاطبون بها بالنزول عليها، فلا تصير غير أعجاز دخل خلوية.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا: <<لأن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقاومتها، لا تقوم إلا بها، ولا يكتمل بنائها أصلاً في غيبتها، لتفقد بتخلها وجودها كتقاعد قانونية تتوافر لها خاصية الإلزام">>.

ثالثاً: تتحدد دستورية الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية، على ضوء ما قررته في شأنها، أحكام الدستور الذي فرضها<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن النصوص المدعى مخالفتها للدستور من جوانبه الشكلية، لا يتصور إخضاعها لفسر الأوضاع الإجرائية التي كان ممكناً إدراكها عند إقرارها أو إصدارها.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١/١٣ من ١٦٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٢ من ٥٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٧/١٩٩١ - قاعدة رقم ١/٩ من ٣٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

ولا كذلك العيوب الموضوعية في النصوص القانونية، إذ مرد الفصل في توافر هذه العيوب أو تخلفها، إلى الدستور لقائم وقت صم الخصومة الدستورية.

رابعاً: الأصل في الرقابة على الدستورية التي تتركز في جهة قضائية واحدة، أنها تتناول بكافة المطاعن الموجهة إلى النصوص القانونية الشكلية منها والموضوعية. ذلك إن قصر الرقابة المركزية على المطاعن الموضوعية وحدها، مؤداه أن يعود الخوض في عيوبها الشكلية إلى رقابة الامتناع التي كان زمامها بيد المحاكم جميعها، لتفصل في توافرها أو تخلفها بأحكام يناقش بعضها البعض، بما يخل بالوحدة العضوية لنصوص الدستور سواء من جهة محتواها، أو من زاوية الأشكال التي فرضها الدستور على المشرع<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩١/١٢/٧ - قاعدة رقم ٣/١٢ - ص ٥٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

### المبحث الرابع

#### النصوص القانونية من جهة عيوبها الموضوعية

١٢٦- تفترض عيوبها هذه، أن يناقض مضمون القاعدة القانونية، حكماً موضوعياً في الدستور.

كذلك فإن إقرار السلطة التشريعية لنصوص قانونية انحرفاً بها عن مقاصد حدها الدستور، وتكتبها بالتالي لأغراض عيبتها، مؤداه أن مقاصده من هذه النصوص من مكوناتها، فلا ينفصل بنيانها عنها، بل تشملها المطاعن الموضوعية بالنظر إلى اتساعها لكل عوار لا يرتبط بالأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية<sup>(١)</sup>.

وإذا كان من المقرر أن النصوص القانونية لا تعتبر كذلك، إلا إذا أفرغها المشرع في قوالبها الشكلية التي لا تقوم هذه النصوص بدونها، ولا يكون لها وجود بخلفها؛ وكان من البدهى أن المسائل التي لا يقوم قضاء الحكم صحيحاً قبل بحثها، تنقسم غيرها؛ وكان إحياء النصوص القانونية التي أغل المشرع صلبها في قوالبها الشكلية، لا يعدو أن يكون جهداً ضائعاً؛ فقد تعين القول بأن القانون بمعنى الكلمة، إنما يتمثل في تلك النصوص التي أفرغها المشرع بعد استيفائها للأوضاع الشكلية التي يرتبط وجودها بها.

ومن ثم تنقسم الشكلية في النصوص القانونية، على متطلبات إخضاع مضمونها لقواعد الدستور في محتواها.

فلا تخوض جهة الرقابة على الدستورية في مطاعن من طبيعة موضوعية، قبل تفحصها لشكلية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور؛ وإلا كان نظرها في المطاعن الموضوعية غير متعلق بقانون بمعنى الكلمة<sup>(٢)</sup>.

(١) "مستورية طلبة" القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٥/٢٣ ص ٣٤٩ من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية طلبة" القضية رقم ٧ لسنة ١٦ ق "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٣/٢٣ ص ٣٤٨ - ٣٤٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولا كذلك ما يدعى به من تعارض بين نص قانوني مطعون فيه من جهة وبين مضمون قاعدة في الدستور تحكم هذا النص من جهة أخرى.

ذلك إن الفصل في هذا التعارض -سواء بتقرير قيام المخالفة الموضوعية المدعى بها أو بنفيها- يفترض لزوما استيفاء النص المطعون عليه للأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيه<sup>(١)</sup>.

ويتعين دوماً الرجوع إلى أحكام الدستور القائم، للفصل في اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها أو تعارضها مع مضمون قواعد.

ذلك أن قواعد الدستور من جهة مضمونها، هي التي تقيم مجتمعها وفق الصورة التي أرتأتها، وعلى ضوء القيم التي احتضنتها، والتي لا يجوز تحديد ملامحها وفق نصوص تضمنها دستور سابق، وإلا كان للدولة الواحدة نظامان قانونيان قائمان في وقت واحد لكل منهما وجهة مختلفة. وهو ما لا يتصور بالنظر إلى هذين النظامين يتصلمان بالضرورة، ولا يعقل بالتالي تطبيقهما في آن واحد، وإنما يتعين أن تكون الغلبة للدستور القائم وحده ليحكم كلفة العلاقة القانونية التي تثار في ظله، سواء في ذلك ما نشأ منها سابقا على نفاذه أو بعد العمل به.

ويتعين بالتالي تحجية الدستور لتقديم عند الفصل في المطاعن الموضوعية حتى لا يفرض هذا الدستور الفلسفة التي كان يقوم عليها، على أوضاع قائمة نبذتها<sup>(٢)</sup>.

وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الطبيعة الأمرة لقواعد الدستور، وعلوها على ما دونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التي ينبغي أن تقوم عليها الجماعة، والتي تربط بها الأسرة كذلك بوصفها قاعدة بنيانها ومدخل تكوينها، تقتضي إخضاع القواعد القانونية جميعها - وأيا كان تاريخ العمل بها- لأحكام الدستور القائم، لضمان تماسكها والمفاهيم التي أتت بها، فلا تتفوق

(١) 'دستورية' العليا القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية 'دستورية' -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٢/٢ و ٣ و ٤- من ١٤٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) لو تصورنا أن الدستور القائم بُني نظاما تشرياعيا كاملا على خلاف دستور سابق يحكمه توجه رئاسي، فحينئذ دستور القوانين المطعون عليها ليعيب موضوعي، تتحدد على ضوء الأفكار الاستثنائية لا الرأسمالية.

هذه القواعد -في مضامينها- بين نظم مختلفة ينفذ بعضها البعض، بما يحول دون جريانها وفق الضوابط ذاتها التي يتطلبها الدستور القائم في شأن تلك القواعد، كشرط لمشروعيتها الدستورية<sup>(١)</sup>.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى بقولها بأن قواعد الدستور في جوانبها الموضوعية، هي التي تعكس القيم والمثل التي بلورتها الإرادة الشعبية، وكذلك الأسس التي تنظم الجماعة وضوابط حركتها. فإذا جاوزتها للنصوص القانونية المطعون عليها، صار إبطالها لازماً<sup>(٢)</sup>.

ولا يعتبر رفض جهة الرقابة على الدستورية للمطاعن الشكلية الموجهة إلى النصوص القانونية، مظهرًا هذه النصوص من مثالبها الموضوعية، بل يجوز النظر في عيوبها الموضوعية بعد رفض مطاعنها الشكلية<sup>(٣)</sup>.

ولا كذلك قضاء جهة الرقابة على الدستورية في شأن تحقق العيوب الموضوعية في النص القانوني المطعون فيه، ذلك إن فصلها في هذه المطاعن، يفيد ضمناً -بالضرورة- استيفاء هذا النص للأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيه، بما يحول دون بحثها من جديد<sup>(٤)</sup>.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٨١ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ٤ أبريل ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١/٩٦ - من ١٢٨٧ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - القاعدة رقم ٨/١٢ و ٩ - من ١٥٠ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ٨٩ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - القاعدة رقم ١/٣٦ - من ٣٣٨ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٤) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٢ - من ٥٣ من الجزء السابع من أحكام المحكمة.

### المبحث الخامس

#### الحجية المطلقة لقضاء المحكمة الدستورية

العليا في شأن مخالفة النصوص القانونية للدستور شكلاً وموضوعاً

١٢٧- وسواء كان يُطالب المحكمة للنص القانوني المطعون عليه، مرده إلى شكلية فوّتها، أو إلى خروجه على حكم موضوعي في الدستور، فإن النص في الحالتين يتجرد من قوة نفاذه، فلا يجوز تطبيقه، وعلى الأخص من قبل سلطات الدولة جميعها بما فيها السلطة القضائية. بل أن الحجية المطلقة التي يحوزها قضاء المحكمة فيما تفصل فيه من المسائل الدستورية، تقيد كذلك الناس جميعهم، ويتجرد النص للقانوني المطعون عليه من القوة التي كان يحوزها قبل الحكم بعدم دستورية، ينعدم وجود هذا النص، فلا يبقى موجوداً على صعيد الحياة القانونية بعد زوال كل الآثار التي كان يرتبها. ولا يتصور بعدئذ تقرير بطلان جديد في شأن هذا النص. ذلك أن تقرير بطلان جديد في شأن نص لم يعد موجوداً، مؤداه أن يرد البطلان الجديد على نص قانوني غير قائم، وهو ما لا يسوغ في حكم العقل<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ١٩٤٤/١/١ - قاعدة رقم ١/١ ص ١١٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة ٣/١٥ ص ١٤ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

### الفصل الثامن

#### الرقابة القضائية على الدستورية: موجهاتها

١٢٨- تبأثر جهة الرقابة القضائية على الدستورية مهامها باعتبارها حامية للدستور، وعليها بالتألى أن تحدد نطاق تطبيقه ومعانيه من خلال تفسيرها.

ذلك أن تطبيقها للدستور على واقعة بعينها، يقتضيها أن تعطى لأحكامها دلالتها، وأن ترد إليها وتفسر عليها، الأعمال التى تصدر عن السلطين التشريعية والتنفيذية، خاصة مع غموض الدستور فى كثير من جوانبه.

ويظل اجتهد جهة الرقابة القضائية على الدستورية متواصلاً فى مجال تحديدها معانى الدستور؛ ومتوالياً على صعيد إحداثها حقوقاً جديدة لا نص عليها فيه، وإن اعتبرتها من فيض قواعد لتتبع أحكامها شيئاً فشيئاً عن الصيغة التى أفرغ أصلاً فيها، ولتظهر الدستور فى النهاية وكأنه مجود ظلال باهتة للصورة الأولى التى كان عليها، وعلى الأخص من خلال مبادئ دستورية تضيفها إلى الدستور، وكأنها تقوم بعملية خلق لوثيقة جديدة لها ملامح مختلفة عن الصورة التى كان الدستور عليها.

ويظهر ذلك بشكل أكثر وضوحاً فى الدول الفيدرالية حيث تقم جهة الرقابة القضائية على الدستورية، رباطاً وثيقاً بين ولاياتها من جهة، وبين القيم التى احتضنها دستور الاتحاد من جهة أخرى، لتمد دائرة تطبيقها إلى أقاليمها بكل مكوناتها، إلى حد القول بأن جهة الرقابة على الدستورية لم تعد تفسر القانون، ولكنها تصنعه من خلال مفاهيم توجهها، وتتخذها نقطة انطلاق لأحكامها فى بنينها ودعائمتها. لا قيد عليها فى ذلك، إلا أنها تفصل فى خصوصية قضائية لا تخولها صناعة القانون فى صورة مجردة، وإنما على ضوء الواقعة المتنازع عليها، وفى إطارها<sup>(١)</sup>.

بما مژده أن لأحكامها، موجهاتها التى تتعدد أشكالها، وإن أمكن رصد بعض جوانبها وأهمها:

(١) Ruggero J. Aldisert, "The Role of Court in Contemporary Society" Views From The Bench, pp.257 - 260.

### المبحث الأول السوابق القضائية

١٢٩- في الدول التي يقوم نظامها القضائي على اعتماد السوابق القضائية، يكون لهذه السوابق أثر كبير في تشكيل القواعد القانونية، وثباتها.

بيد أن السوابق القضائية قد تعوق أحيانا تطوير هذه القواعد إذا حال التقيد بها دون تصحيحها من الأخطاء التي اعترتها، ذلك أن إبقاءها على حالها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه دوام الأضرار التي قارنتها.

وكان منطقيا بالتالي أن تؤثر السوابق القضائية - وإلى حد كبير - في دور جهة الرقابة على الدستورية إذا انحاز قضاتها إلى القديم، من خلال تطبيقهم سوابق قضائية بعد زمنها، ولو كان تغييرها مطلوباً، وخطوها فادحا، وكأنهم يتحركون في دوائرها؛ ويحتصمون بمبادئها، رغم إيمانهم بأن السوابق القضائية تحول طبيعتها دون تغيير مضمونها بما يوائمها وروح العصر؛ وأنها تتمحض إحناتاً يتقيد بمفاهيم الآخرين الذين صلبوا هذه السوابق في قلوبها؛ وأحاطها من تبعهم بالجمود من خلال الإصرار على تطبيقها؛ نكولا من جانبهم عن إعمال حكم العقل في مسائل دستورية لا يجوز أن تحول السوابق القضائية -بضغوطها- دون النظر فيها ومراجعتها؛ وقبولا من القضاة لأن يكون طريقهم إلى الاجتهاد منفلقا، وتراضيههم مطردا على الإذعان لأصداء من الماضي البعيد لا يتحولون عنها؛ حال أن الفصل في الخصومة القضائية مرتبط بوقائعها في زمن حدوثها، وبما هو قائم من ظروفها عند اتخاذ قرار فيها.

ومن ثم تكون السوابق القضائية في واقعها قيداً على تطوير الدستور، وإن كان الخطأ محتمل فيها، وكان تصويبها ليس فقط مجرد ضرورة يقتضيها أن يظل القانون حيا وفاعلا، بل كذلك لرد أضرار قارنتها، وأثار سيئة لا يستها، بما يجعل الحلول عنها ضمانا جوهرية تحول دون تأييدها، وعلى الأخص كلما كان تعديل الدستور لازما لتجاوز السابقة المعيبة، وكان لا يجوز إجهاضها من

خلال قانون يصدر عن السلطة التشريعية، مثلما هو الأمر في المملكة المتحدة التي يستطيع برلمانها إصدار كل مابقة يعارضها<sup>(١)</sup>.

وينبغي بالتالي، أن يكون للسوابق القضائية دور محدود في نطاق الفصل في المسائل الدستورية، وأن يكون لجهة الرقابة القضائية على الدستورية مفاهيم خاصة بها، لا تنقيد فيها بأراء سابقة لأخرين صاغوها على ضوء اجتهاداتهم التي لا يجوز أن تفرض نفسها على أفكار غيرهم، وإلا انقلبوا ترجيحاً لأصواتهم، يردولوها في غير وعي، أو دون بصير بخطورة نتائجها، وعقم محصولها، وسوء عاقبتها. ليوظهر فضاعة جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وكلهم تقمصوا شخصية الأكدمين، يتحدثون بلسانهم، وينطقون بكلماتهم، ويعايشونهم.

وليس ذلك إلا لهواً وعيباً عريضاً لا يغتفر، ذلك أن التقيد بالسوابق القضائية، يفيد بالضرورة معاملتها حقيقة ثابتة لا يأنهها الباطل من بين يديها ولا من خلفها، وتطبيقها بالرغم من مسوئها، ومحاكاتها في الأفكار الرجعية التي عضدتها<sup>(٢)</sup>، ويقولها بعيوها وملامحها الشائنة إذا لم يُعدل الدستور لتجاوزها<sup>(٣)</sup>، أو تعُد عنها جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي لا يجوز أن تسترقها سوابق قضائية قديمة ترتبط بوقائعها، وبالأوضاع القائمة في زمنها، خاصة وأن فرائض الأمن أو مفترضاها، قد تظهر اليوم باعتبارها من الأساطير أو صورا من الخيال والأوهام.

كذلك فإن القوانين التي كان ينظر إليها في الماضي باعتبارها استجابة معقولة لآمال الجماعة التي عايشتها، قد تنقضها اليوم احتياجاتها الجديدة، أو تحجبها بدائل وحلول أكثر معقولة من تلك التي تبنتها هذه القوانين من قبل.

فضلا عن أن القيم التي نرعاها الجماعة في واحد من أطوار تقدمها، قد تنقضها أيام جديدة تحضنها في طور آخر، فلا يكون صونها إلا مقتضيا تعديل السوابق القديمة، أو إبدالها.

(١) تتعد السيادة في المملكة المتحدة للبرلمان الذي يستطيع وفقاً للعبارة المشهورة، تغيير كل شيء إلا أن يجعل المرأة رجلاً، أو الرجل امرأة.

ولا كذلك الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث لا يملك الكونجرس سلطة نقض حكم صدر عن محكمة العليا، وهو ما تقتضي إبطال التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي لنقض حكمها الصادر في قضية Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856)، وإدخال التعديل السادس عشر لنقض حكمها في قضية:

Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co. 157 U.S. 429 (1895).

(٢) Jackson, Struggle for judicial Supremacy (1941), p.295.

(٣) Bernhardt, Supreme Court Reversals on Constitutional Issues. 34 Cornell L.Q 55 (1948).

ولا يجوز بالتالى أن تعزل جهة الرقابة القضائية على الدستورية نفسها عن المفاهيم المتغيرة للقيم، وكأنها بعيدة عن إدراكها<sup>(١)</sup>.

وليس سلفاً فى حكم العقل، أن تظل المواقف القضائية عصية على التعتيل، بالرغم من أن الذين صاغوها هم قضاة من البشر، يصيبون ويخطئون، فلا تكون أعمالهم جميعها تعبيراً عن حقيقة لا تتبدل.

ولا جرم فى أن لكل جهة قضائية تباشر الرقابة على دستورية القوانين، عثراتها، ولها كذلك تجاربها التى قد يصيبها التوفيق أحياناً، أو يكون إدارها لحقائق العدل فى أخص مكوناتها، جلياً<sup>(٢)</sup>.

فالقضاة فى كل بلد يفصلون فيما يحرض عليهم على ضوء فهمهم لحكم القانون القائم.

وعليهم -ما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً- توفير ما أعوج من أحكامهم التى لا تبلور فى حقيقتها غير خبراتهم الاجتماعية التى لا تصدق نتائجها دوماً، خاصة فى نطاق المفاهيم الدستورية التى يتعين ضمان نموها.

ولا يليق بقضاة لا يعيشون الأوضاع ذاتها التى عاصرها الأقدمون، أن ينقلوا عنهم بعد موتهم الأفكار الرجعية ذاتها التى روج أسلافهم لها فى عهود مختلفة ولتى كان لها أسوأ أثر على تشكيل القواعد الدستورية وتطويرها<sup>(٣)</sup>.

Precedents in constitutional law are the most powerful influence in forming and supporting reactionary opinions.

(١) وليس أدل على فساد نظام المواقف للقضائية من أنه خلال الفترة من ١٨١٠ حتى ١٩٥٧، نقضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تسعين قرراً سابقاً صدر عنها فى بعض القضايا من بينها ستون قضية كانت المسائل المثارة فيها من طبيعة دستورية

Antiéau, Modern Constitutional law, volume Two, 1969, p. 707.

(٢) ومن ذلك ما كانت تؤمن به المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية من أن حضور محام مع المتهم فى جناية ليس أمراً جوهرياً لضمان محاكمته بطريقة منصفة، ثم عدلوا عن حكمها هذا فى قضية:

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 355 (1963).

(3) Douglas, State Decisis, 49 Col. law Review, 1949. pp. 735, 736; Jackson, Struggle for Judicial Supremacy (1941), p. 255.

## المبحث الثاني

### مقاصد آباء الدستور

#### Intent of the Framers of the Constitution

١٣٠- يقصد بآباء الدستور، هؤلاء الذين صاغوه بأفكارهم وعباراتهم، ليظهر الدستور -وكما كان مواكبا لتطور النظم الديمقراطية- باعتباره متوخيا حملة الحرية الفردية، داعما لئبلائها إلى أفاق مفتوحة تكون بذاتها عاصما من جموح السلطة أو انفلاتها، وبما يحدد للجماعة إطاراً لمصالح تصون بها مقوماتها(١).

ومن ثم لا تصدر الدساتير عن آباء غير شرعيين. ولكنها تولد بيد هؤلاء الذين كان لهم فضل خلقها وإبانتها، فلا تكون مقاصدهم من النصوص التي تضمنتها بعيدة عن معانيها، وعلى الأخص كلما دار حوار عريض حول حقيقة هذه النصوص ومراميها من خلال مؤتمر أو جمعية تبنتها، بعدوقوفها على جوانبها، وتعرفها على مشكلاتها، وأثارها العملية.

كذلك، فإن كل تعديل يرد على الدستور، لا يأتي من فراغ، بل تدعو إليه ضرورة ملحة تكشفها الأعمال السابقة على إجراء التعديل، وكذلك الأعمال المفضية إليه، فلا يكون التعديل منفصلا عن جذور ضاربة في الأعماق، هي التي تتحراها جهة الرقابة على الدستورية، وتستلهمها في أحكامها.

ويظهر ذلك على الأخص على صعيد وثائق إعلان الحقوق التي لا تنتزع مفاهيمها عنوق ولا تتساقط نصوصها من مكان مجهول. وإنما تمهد لها أفكار سابقة عليها، وتحرض على تبنيها وتدعو إليها، حقائق اجتماعية واقتصادية آمن أصحابها بها وروجوا لها، وجذبوا إليها من يناصرونها. فلا يكون التخلي عن هذه الأفكار والحقائق، إلا فصلا لوثائق إعلان الحقوق، عن الأوضاع التي أحاطتها ولتنتجتها.

ولا كذلك آراء أشخاص لم يكن لهم دور في تكوين بنیان الدستور أو وثائق الحقوق. ذلك إن ما تعطيه جهة الرقابة من وزن لهذه الآراء، لا يدعو أن يكون محض تقدير من جانبها لوجهة نظر بذاتها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - القاعة رقم ١٥/١٥ - ص ١٤٠ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

على أن الأعمال التحضيرية لنصوص الدساتير وتحليلاتها، ولوثائق إعلان الحقوق، وإن ساع الاستبداء بها لفهم أحكامها، وتحديد غاياتها بصورة تقريبية؛ إلا أن التقيد بها والنزول عليها، وتطبيقها كحقائق ثابتة لا نزاع فيها، أمر ينبغي أن يؤخذ بأكبر قدر من الحذر.

فقد تناقض هذه الأعمال، ما آل إليه أمر هذه النصوص في صيغها النهائية. وحتى إذا افترضنا، فإن مضامينها وأبعادها، تتأثر غالباً بوجهة النظر الشخصية والسياسية لهؤلاء الذين ألفوها؛ وبما افترضوه من حقائق وأوضاع لتضمنها في زمنهم؛ وبما تصوروه بعضهم من قيم انفرد بها، ولو عارضه آخرون فيها.

بل إن معاني النصوص التي تضمنها الدستور، يمكن كشفها على ضوء ما طرأ على صياغة هذه النصوص من تغيير خلال المراحل المختلفة لتكوينها، وعلى الأخص إذا كان من صاغوها قد أدخلوا تعديلاً عليها قبل أن تظهر في صورتها النهائية، سواء بحذفهم لعبارة منها، أو بإسقاطهم مصطلحاً أو كلمة قدروا أنها في غير موضعها، أو لأنها تبلور توجهاً يضيئون به، أو تعطى لعبارة للنص معنى لا يرغبون فيه.

ولا يجوز بالتالي، أن ينظر إلى هذه النصوص باعتبارها من خلق إرادة جازمة أحدثتها، فسي الصورة التي هي عليها. إذ هي في واقعها نتائج آراء متفرقة، جمعها التوافق في بعض أجزائها، أو فارقها التعارض في بعض جوانبها.

فلا تقبل هذه الآراء غير المفاهيم التي آمن بها أصحابها في لحظة زمنية معينة كان لها متطلباتها. ولا يجوز بالتالي اعتبارها موقفاً ثابتاً لا ينقض حتى بوصفها وجهة نظر حرصوا عليها، أو إملأه بحكم تفسير الدستور.

ومع ذلك، نظل الأعمال التحضيرية للدستور، وما اتصل بها من الحقائق التاريخية، إطاراً خلفياً لنصوصه يقتضى وضعها قدر الإمكان، قريباً من مقاصد الرجال الذين قاموا بتشكيلها، وعلى الأخص ما تعلق بالمشور التي أرادوا دفعها؛ وبموطن الخلل في مجتمعهم التي قصدوا إلى توقيمها؛ وبأخطاء الماضي التي عمدوا إلى تجنبها؛ وبمخاوفهم من إحيائها (١)؛ وبالأغراض التي حرصوا على تحقيقها.

(١) تضمن دستور جمهورية مصر العربية، كثيراً من النصوص التي صاغها لمواجهة أخطاء الماضي وتجاربهم السيئة، من بينها نص المادة ٤١ التي تكفل ضمان الحرية الشخصية؛ ونص المادة ٤٢ التي تمنع إيذاء الشخص أو تمييزه؛ ونص المادة ٤٥ التي تكفل حرمة الحياة الخاصة؛ ونص المادة ٥٧ التي ترقى بالاستعداد على الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور، إلى مرتبة الجريمة؛ ونص المادة ٧١ التي تخول كل من قبض عليه حق إبلاغ من يراه بما وقع عليه.

ولا يكون ملائماً بالتالى إهمال هذه الأعمال التحضيرية أو الحقائق التاريخية من كل جوانبها، وعلى الأخص ما نطق منها بالفلمض من نصوص الدستور التى لا تجلبها أحيانا إلا مصادر خارجية تعطى لهذه النصوص مناخها، ومحيطها الاجتماعى.

ولقد ظل واضحا فى أذهان كثيرين، أن لكل خصومة قضائية تفصل فيها جهة الرقابة على الدستورية، مشكلاتها التى تنسم بتعدد عناصرها، ولا تغلج فى حلها، لا الحقائق التاريخية، ولا مقاصد آباء الدستور، خاصة وأن التقدير الذى تد عن الدستور بعد إقراره أو الأعمال التحضيرية التى تعاصره، أو تنقذه، كثيرا ما تكون فقيرة فى مآلتها، فلا تلقى ضوءا واضحا على مقاصد هؤلاء الذين اقترحوا نصوص الدستور، أو ناقشوها وأقروها، بل يتعين التحوط فى استخلاص نواياهم، بالنظر إلى أنهم ما تطرقوا إلى النصوص التى بحثوها إلا من منظور عام، فلا تكون هذه النوايا قاطعة فى مواجهة المسائل التفصيلية التى تثيرها الخصومة الدستورية، بل قاصرة عن تغطيتها.

وربما كان من الأوفق أن تستظهر جهة الرقابة على الدستورية، العلاقة بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور من جهة، والمخاطر التى قصد آباء الدستور إلى توقيها من جهة أخرى.

فكلما كان تطبيق هذه النصوص مؤديا إلى هذه المخاطر، أو كان موطنها لها، فإن الحكم بعدم دستوريته، يكون لازما<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن على جهة الرقابة أن تنظر إلى نصوص الدستور باعتبارها متطورة بطبيعتها، وأن مقاصد الرجال الذين صاغوها لا تحسم دائما الأوضاع الجديدة التى تعاقبها هذه النصوص inconclusive؛ وأن تحليل نفسياتهم لن يقدم إلى هذه النصوص شيئا نافعا.

(١) Schoof Dist. Of Abington Twp. v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963).

### المبحث الثالث

#### القانون الطبيعي

١٣١- لا يعتبر القانون الطبيعي نتاج عمل يصدر عن الدولة أو أجهزتها. بل هو مجموعة من القيم السابقة في وجودها على القواعد القانونية الوضعية. وهي قيم جوهرها العدل، وتعرضها أو تملنها وثائق الحقوق، ولا تنتهها، وينظر إلى الإخلال بها باعتباره من صور الاضطهاد Oppression التي تجب مقاومتها (١) Devoir de résistance à l'oppression.

وكان منطقياً أن تنتظر هذه الوثائق، إلى الحقوق الطبيعية، بوصفها حقوقاً لا تتقدم، ولا يجوز للنزول عنها؛ وترقى في أهميتها إلى حد تقديسها (٢).

والرجوع إلى النظم التفاضلية في القانون المقارن، يدل على تسليمها بأهمية القانون الطبيعي، وأنها تحول إلى هذا القانون في كثير من أحكامها (٣) ولم يقتصر دور القانون الطبيعي على بيان الحقوق الأساسية لكل إنسان، ولكنه أعلن القضاء كذلك على تحديد مضمونها وبيان نطاق القيود التي يجوز فرضها عليها.

فضلا عن أن الاهتمام بالحقوق الطبيعية، نقلها من وثائق إعلان الحقوق إلى الدساتير ذاتها كص المادة ٤١ من دستور جمهورية مصر العربية التي تضمن بأن الحرية الشخصية حق طبيعي.

كذلك نص الفقرة ٢/ من المادة الأولى من القانون الأساسي الألماني وفي إشارة منها إلى الحقوق الطبيعية- على أن للمواطنين ومن أجل تأسيس كل جماعة إنسانية، ولضمان صون السلم وتحقيق العدل- حقوقاً لا يجوز انتهاكها ولا إخضاعها للتقدم.

(1) François Luchaire le, "Coneil Constitutionel, Economica, 1980, p. 9.

وتنص المادة الثانية من الإعلان الفرنسي للحقوق لعام ١٧٨٩ على أن الحقوق الطبيعية للإنسان والتي لا يشملها التقدم، هي الحرية والملكية وضمان مقاومة الطغوان.

(٢) ويعترف هذا الإعلان كذلك بأن الحقوق الطبيعية للإنسان لا تقبل التصرف فيها Inaliénables وإسها كذلك حقوق مقدسة Sacrés.

(3) Charles Debbasch- jacques Bourdon- jean claude Ricci, jean- marie, pontier Droit constitutionnel et institutions politiques, 3 e édition, pp. 4-5.

وبالغ المؤيدون للقانون الطبيعي إلى حد القول بأن ما نقره السلطة التشريعية أو تصدره السلطة التنفيذية من النصوص القانونية، لا يزيد على أن يكون مجرد تعبير عن مفاهيم القانون الطبيعي، وأن وجود هذه النصوص أو حياتها القانونية، رهن بتحقيقها لهذه المفاهيم، وإلا تبين إدارها بقدر تعارضها معها.

وهو نظر غير سديد. ذلك أن سلطة الدولة تخولها إقرار النظام في إقليمها من خلال قواعد قانونية تصوغها بنفسها، وتواجه بها الأوضاع التي تحيط بها، وتكفل من خلالها صون حقوق الأفراد على الأبناء التي يتقاسمونها. كذلك حرص القانون الطبيعي على صون وجود الدولة من المخاطر الحالة الظاهرة التي تحيط بها وتهدها.

على أن المؤيدين للحقوق الطبيعية عضدوا رأيهم بالقول، بأن الناس منذ خلقهم كانوا أحراراً، وأن ضمانهم لحريتهم حملهم على الدخول في عقد اجتماعي يكون منها لحالتهم البدائية، ومنتهياً إلى تأسيس السلطة السياسية التي تكفل لحقوقهم ولحرياتهم ضماناتها التي ما نزل الأفراد عن شيء منها، إلا بقصد تحقيق التماسك الاجتماعي لهذه السلطة.

وفيما عدا هذه الدائرة المحدودة للنطاق، فقد احتفظ المواطنون لأنفسهم بتلك الحقوق والحريات التي لا يجوز للسلطة السياسية أن تمسها. وما وثق إعلان الحقوق غير ترديد لحرياتهم ولحقوقهم هذه.

والفهاء والقضاة الأمريكيون يرجعون كثيراً من مفاهيم للمستور الأمريكي إلى القانون الطبيعي (١) - وهو قانون يقوم في مجمل أحكامه على حقائق الحل التي يدركها العقل - وهم يؤيدون رأيهم قائلين بأن كافة الحقوق التي أخرجتها في صلبها الوثائق الأمريكية لإعلان الحقوق، لها جذورها من القانون الطبيعي (٢)، وأن لغتها في التعبير عنها، هي أنها حقوق طبيعية لا يجوز النزول عنها، أو التعامل فيها؛ وأن الحقوق التي نصفها اليوم بالحقوق الأساسية fundamental Rights، جميعها حقوق نظر إليها آباء الدستور The Framers بوصفها من الحقوق الطبيعية التي يندرج تحتها، حرية

(1) The Debt of American constitutional Law to Natural Law Concepts, 25 Notre Dame law 258 (1950); Hains, Law Nature in State And Federal decisions, 25 Yale Law Journal, 617 (1916).

(2) Ahtieau, Rights of our Fathers, Coiner Pub., Vienna, Va (1968).

الاتصال والانتقال والاجتماع<sup>(١)</sup> وحقوق الملكية، وحق البدن في التحرر من القيود غير المبررة، والحق في الحياة وفي تكامل الشخصية، فضلاً عن حرية العقيدة التي لا تخول أحداً حرمان غيره من تولى وظيفة مدنية بالنظر إلى العقيدة التي دخل فيها.

وهي بعد حقوق لا يجوز للدولة أن تخل بها، ولو بقانون صدر عن أغلبية برلمانية. ذلك أن الطغيان *Depotism* هو الطغيان. وما يوجه للنظم القانونية في الدول الديمقراطية، ويجعلها أدخل إلى مفاهيم القانون الطبيعي، هو إنصافها.

بل إن الوسائل القانونية السليمة في تطبيقها المعاصر، تبلور في حقيقتها مفاهيم القانون الطبيعي التي يقارن الإخلال بها جزء من الدستور. وهو بذلك ينتظم قواعد مبدئية خلقية غائرة في التقاليد، صيقة في الوجدان، إلى حد إلحاقها بالحقوق الجوهرية التي تظاهرها الحقائق التاريخية في النظم المدنية<sup>(٢)</sup>.

بما مؤده اتصال القانون الطبيعي بموازين الحق والعدل التي تتوارثها الأجيال، وكذلك بالقيم التي تنتههما الدول الديمقراطية فلا تطحنها بقوتها لتظل بعدها بعيدة عن كل إخلال غير مبرر بالحق في الحياة أو بالحرية أو بالحق في الانتقال، أو بالحق في تحرير البدن من القيود الجائرة للقبض أو الاعتقال، وكذلك بالحق في ألا يشهد الأشخاص -جبراً- على أنفسهم بما يدينهم.

(١) الحق في الاجتماع لأغراض سليمة كان سلفاً على وجود الدستور ذاتها، ومكتولاً من الأمم المتحضرة جميعها باعتبارها من الحقوق التي لم يكلها أحد لغيره. ويلاحظ أن الحقوق الطبيعية تطورت منذ منتصف القرن السابع عشر من خلال مدرسة القانون الطبيعي، ثم اعتنقتها ودعمها الفلاسفة الفرنسيون في القرن الثامن عشر من أنصارها لوك وجان جان روسو.

Jacques Robert, *Droits de L'homme et Libertés Fundamentales*, 6 e édition, pp. 34- 35.  
(2) Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97 (1934); Solesbee v. Balcom, 339 U.S. 9 (1950); Hains, *Revival of Natural law*, Cambridge (1930), p. 347.

### المبحث الرابع التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم

١٣٢- التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم -تشريعيًا كان أم قضائيًا، تراث للبشرية فسي مجموعها، لا تعزل للدول المعاصرة نفسها عن محتواه، ولا تضيق به أو تحويه كلية. ولكنها تستلهمه في خطاها، بشرط اتفاق القيم التي يقوم عليها هذا التنظيم، أو تقاربها، مع مفاهيم الدول التي تتأثر بها.

ويظهر ذلك بوجه خاص في الدول الفيدرالية التي يكون لكل ولاية فيها دستور لها الخاص بها.

ذلك أن المحكمة العليا الاتحادية للولايات المتحدة الأمريكية، تعطى للتفسير الصادر عن الولاية في شأن دستورها الملطي، وزنا كبيرا في مجال تقييمها لمدى اتفاق هذا الدستور، أو قوانين الولاية مع دستور الاتحاد.

بل إن وصفها لبعض الحقوق بأنها أساسية، يعتمد على نظرة كل ولاية لهذه الحقوق وتقييمها لخصائصها، وإن كان لا يجوز أن تنقيد بنظرتها هذه في كل الأحوال، بل عليها أن تصدر أحكامها على خلافها، كلما كان ذلك ضروريا أو ملائما<sup>(١)</sup>.

ولئن قيل بأن الاعتماد على التنظيم المقارن، يفترض توافقا مع النظم القانونية التي تتأثر به، أو على الأقل تقاربها فيما بينها من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، إلا أن وحدة هذه النظم أو اقترابها من بعضها، لا تشترط في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي تؤمن أكثر الدول بها، وترأها خطأ واضحا لردع كل عدوان على حقوق الأفراد وحرياتهم.

هذا فضلا عن ارتكاز هذه الرقابة في مسائلها على نظام القيم لا تختص به دولة دون أخرى. وإنما يسعها جميعا من منظور صونه كرامة الإنسان وأمنيته، فلا تتفرق مفاهيم الدول في هذا الشأن، ولكنها تتلاقى مع بعضها البعض، وهو ما دعا القاضى Frankfurter إلى أن يقرر بأن شرط

(١) في قضية [Wolf v. Colorado 338 U.S. 25, (1949)] لم تلزم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، الولايات الأعضاء في الاتحاد باستبعاد الدليل الذي يتأتى من مصدر غير مشروع بالنظر إلى اتجاه الولايات إلى إعمال هذا الدليل، ثم ألزمتها المحكمة العليا بعد ذلك باستبعاد كل دليل غير مشروع من المحاكمة الجنائية. وذلك في قضية:

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

الوسائل القانونية السلمية لا يتحدد مفهومه إلا على ضوء ما يعتبر حسنا ومنصفا، مفضيا إلى قيم العدالة التي تبنتها الدول للناطقية بالإنجليزية<sup>(١)</sup>.

ويظهر التوافق بين الدول بصورة أعمق على صعيد قواعد القانون الدولي التي تطبقها جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك إن الأمم جميعها تظلم الأسرة التي تجمعها، وحقوق أعضائها متكافئة فيما بينها، وعلى الأخص في نطق تحديد ما يقع في إطار الشؤون الخارجية من مسائل، وما لا يندرج تحتها<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن الأوضاع التي استقر عليها العمل في بلد ما، قبل وبعد إبرار نصوص دستورها Long settled and established practice قد تمل بامتداد زمنها، وإطراد القبول بها، على اتجاه عام توافق أفراد الجماعة عليه، وصل مقيدا لها في مجال تفسير الدستور.

ولا نقل الحقائق التاريخية في وزنها ودلائلها، شأننا عن تقاليد الجماعة وثوابتها، وما استقر عليه العمل في محيطها. ذلك أن جميعها تقدم للنصوص الدستور التي لا تتعارض معها، عناصر تُعِينها على بلورة معانيها، وتؤثر بوزنها فيما ينبغي أن يكون عليه التفسير المنطقي لها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تمد بصورها إلى الفقه والقضاء المقارن في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وأن يكون عقلها مفتوحا كي تأخذ من التنظيم المقارن الأفضل لاجتهاداته في كل عصر، خاصة إذا كان هذا التنظيم نهرا ثريا بقيم العدل المتفقه في عطائها، والتي لا ينقطع جريانها عبر الحدود الإقليمية على اختلافها.

وقد كان هذا النظر محل اعتبار المحكمة الدستورية العليا التي أطرد قضاؤها على أن حقوق المواطنين وحرياته في مصر، لا تتحدد مفاهيمها إلا على ضوء مستوياتها التي درج العمل في الدول الديموقراطية على انتهاجها في مظاهر سلوكها وطرائقها في الحياة<sup>(٣)</sup>.

(١) Rochin v. California, 342 U.S. 165,169 (1952).

(٢) Ex parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942).

(٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٩

وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### المبحث الخامس

#### للمصادر العرفية

١٣٣- قد لا ينص الدستور على اختصاص للسلطة التشريعية في موضوع معين، ولكنها تتخذ من خلال تشريعاتها، موقفا يدل على إيجابتها هذا الاختصاص لنفسها، فإذا أقرتها السلطان التنفيذية والقضائية على مملكتها، وكان العمل قد دل على لمراد ممارستها لهذا الاختصاص -كمسلطتها في إجراء تحقيق برلماني في المسائل التي تريد تحريها وقفا على حقيقتها إذا لم يكن الدستور قد خولها هذا الاختصاص بنص فيه- فإن إنكاره عليها لا يعد تفسيرا صحيحا للدستور.

ولا كذلك أن يكون موقفها من اختصاص معين، نافيا أصلا ادعاه لنفسها، أو كان دالا على تعثرها في مجال توكيده؛ ولو تقرر بقلون ظل نافذا مدة طويلة. إذ الأصل ألا شأن لتشريعاتها في ذاتها -ولما كان مضمونها- بما ينبغي أن يكون عليه تفسير الدستور.

### المبحث السادس

#### دروس التاريخ ومعطيات القانون العام

١٣٤- القانون العام The common law قانون غير مدون أصلاً، يطور مجموعة من القواعد القانونية التي اطراد تطبيقها. وهو أسبق وجوداً من الدساتير ذاتها، خاصة في الدول الوليدة التي تكون شعبها من مهاجرين، نزحوا من دولهم الأصلية، حاملين معهم تراثها وقيمها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحرية التي صار الإيمان بها وامتطلباتها، عقيدة لا يترجحون عنها، ويقسسون عليها تصرفاتهم جميعها.

وكان منطقياً أن تركز دساتير هذه الدول، القيم التي اعتنقها القانون العام في دولهم الأصلية، وأن يحرص آباء الدستور -الذين نقلوا هذه القيم عن ذلك القانون- على إدراجها في صلبه، بعد أن بهرنتهم برقيها وتساميها وتلاقيها مع القيم التي تبنتها الدول المتحضرة.

ومن ذلك شرط الوسائل القانونية السلمية في جوائبها الإجرائية، التي كثيراً ما يحال في فهم مضمونها إلى تطبيقاته في دول القانون العام (١). مما جعل تطبيق الوسائل الإجرائية للمتخذة ضد شخص معين، مع نظيراتها في دول القانون العام، شرطاً لسلامتها (٢).

فالتقيض على الشخص أو احتجازه، لا يكون مشروعاً، إلا إذا كان محقلاً على ضوء مفاهيم الحرية التي كرستها القانون العام بوصفها غاية نهائية، وتعبيراً حقيقياً عن ضوابط ينبغي أن يؤكد لها الدستور في مجال ضماناته للحرية الشخصية التي تعامل بوصفها من الحقوق الطبيعية التي لا نزاع فيها.

ولا يجوز بالتالي النظر إلى شروط التقيض والاحتجاز التي ينص عليها الدستور، باعتبارها بدعة أتت بها. ولكن الدستور بسلطانه يؤكد أنتم علياً درج عليها القانون العام، متوخياً بها إبطال كل



(1) United States v. Wong Kim Ark 169, U.S. 649 (1898).

(٢) وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

McGrain v. Daugherty, 273. U.S 135 (1927)

بأن النص في الدستور على عدم جواز التقيض غير المبرر ليس مبدعاً جديداً، وإنما هو تأكيد وحفاظ على قاعدة من قواعد القانون العام تصل إلى مرتبة التقديس

Affirming and preserving a cherished rule of common law designed to prevent the issue of groundless warrants.

إنّ بالتبض أو الاحتجاز، لا يكون مبرراً<sup>(١)</sup>، خاصة كلما كان تطبيق هذا القانون في إحدى الدول قبل حصولها على استقلالها، أمراً واقعاً في حياتها اليومية؛ وكان واضحاً أنّ مفاهيم هذا القانون قد أدركها رجال صاغوا دستوراً؛ فلا يكون هذا القانون إلا مثلاً في أذهانهم غائراً في وجدانهم، معبراً عن أعرافهم التي درجوا على اتباعها والنزول عليها.

وكان منطقياً بالتالي أن تنصر سلطة رئيس الجمهورية في مجال إرجاء تنفيذ عقوبة الإعدام، أو العفو عن العقوبة بوجه عام، على ضوء دلالاتها عند إقرار الدستور، مع تحفظ هام مؤداه أن الوسائل القانونية السلمية، لا تتحدد مفاهيمها في كل الأحوال على ضوء القانون العام بما يحول دون تطوير معانيها، وعلى الأخص كلما كان تعمق مفاهيم هذا القانون في موضوع معين، يدل على بذلتها؛ وكان الدستور قد نقضها من خلال حقوق أفضل كلفها بقصد استبعاد القانون العام في مجال تطبيقها<sup>(٢)</sup>.

وهو ما يقع على التحديد، كلما كان هذا القانون مبلوراً ما كان قائماً في قرون ماضية من القيم المهجورة التي تقتضى تقرير قاعدة قانونية على خلائها، وتكون في مضمونها أكثر تواءماً مع القيم الأكثر إنسانية في جماعة ناضجة.

وتحيل جهة الرقابة على الدستورية أحياناً إلى الحقائق التاريخية -سواء في ذلك ما كان قائماً منها قبل صدور الدستور أو بعد إقراره- بوصفها مدخلاً لفهم أفضل لنصوصه، خاصة إذا كان اطراد تطبيقها، قد دل على أنها جزء من التقاليد الراسخة في بلدها.

ومن ذلك سلطة حاكم الولاية في العفو عن العقوبة في نطاقها الإقليمي، وسلطة الولاية في أن تدير شؤون الملاحة في موانئها<sup>(٣)</sup>.

(١) McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135 (1927).

(٢) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أنها لو أخذت بمفاهيم القانون العام التي كان معسولاً بها في إنجلترا في النصف الأول من القرن السابع عشر، للرضت هذه المفاهيم نفسها على القضاء الأمريكي كاحزمة لا فكاه منها إلا بتحويل الدستور الأمريكي.

Twining v. New jersey, 211 U.S. 78 (1908).

(٣) Solesbee v. Balkcom, 339 U.S. 9 (1950); Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia, 53 U.S. 299 (1851).

### المبحث السابع

#### القيم الخلقية للجماعة النابعة من ثقافتها

#### The Shared Ethical Values of the Culture

١٣٥- كذلك فإن قضاء جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، كثيراً ما يُتخلون في نصوص الدستور التي يقومون على تطبيقها -بوعى منهم أو بخير وعى- معاني يستمدونها من القيم التي يشاركون فيها أبناء وطنهم، والتي بلورتها ثقافتهم.

ذلك إن النظم القانونية جميعها إنما تعمل وفق أوضاع تتفاعل معها، وفق نماذج للقيم Value Patterns تستقيها من نظامها الاجتماعي.

وتأخذ النظم القانونية بالتالي فرض عطاء مجتمعاتها كحقائق مسلم بها، وتولى اعتبارها كذلك للقيم التي أفرزتها ثقافتها. ويندرج تحتها ما يكون ضرورياً من هذه القيم لتحييد مفهوم العقوبة الموقعة في فضتها أو إحطاطها حتى لا نضل أرقاء لأفكار حملتها معها قيم الماضى للبعيد التي تتناقض رقى الجماعة وتعارض نمو مداركها.

كذلك فإن قيم الجماعة التي بلورتها ثقافتها، والتي تتركز مفاهيمها إلى القيم المعاصرة -الخلقية والنفسية والتضليلية- هي التي ينبغي أن تحول عايداً جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل في كثير من المسائل الدستورية؛ كاعتبار المطبوع ما جناً أو غير داعر (١) وكتحديد القواعد التي يعامل على ضوئها الأشخاص الذين أصابهم عارض الجنون بعد الحكم بإعدامهم..

وكذلك تقرير حق كل جهة قضائية في أن تختار بنفسها القواعد الإجرائية التي تراها منصفة عند الفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها، ما لم يكن إعصالها لهذه القواعد مناقضاً لمبادئ العدل لها من استئثارها في ضمير الجماعة، ورسوخها في تقاليدها، ما يرقى بها إلى مرتبة المبادئ الجوهرية (٢) المعتبرة قاعدة في كل تنظيم من طبيعة مدنية أو سياسية.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ السلطة موقفاً مصادماً للضمير الجمعي، كتعذيبها أفراداً احتجزتهم للحصول على اعترافهم بالجريمة؛ ولا أن تناهض المفهوم الشامل للشعور بالعدل كإنكار حق الفقواء في الحصول على مشورة محام في القضايا الجنائية؛ ولا أن تنقض سياسية قومية لها جنورها مسن.

(1) Rpth v. United States. 354. U.S. 476. (1957).

(2) Synder v. Massachusettes. 291 U.S. 97 (1943).

القيم السائدة في الجماعة، كتهيبها عن صور التمييز العنصرية في توجهاتها، ورفضها نماذج الدعارة على تباين أشكالها.

واعتبار هذه القيم مصدراً للشرعية الدستورية، مؤداه أن التكتيل عليها إثباتاً لوجودها، حق للدفاع في كل خصومة قضائية يرتبط الفصل فيها بتلك القيم، التي كان أثرها بعيداً على القضاء حتى في الأزمان البعيدة<sup>(١)</sup>.

والرجوع إلى قيم الحق والعدل التي لا تتحول، والممتدة ألقاها إلى غير حد Sember ubique والمعتبرة من التقاليد الغائرة في أعماق الضمائر إلى حد معاملتها كقيم جوهرية لا يجوز السزول عنها، من العوامل المؤثرة في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها.

وإذا كان الأصل في تطبيق القضاء للقانون أن يكون موضوعياً، وألا يزلق أحدهم في مجال إنفاذه إلى آمال يقدر ضرورة تحقيقها، أو إلى وجهة نظر ظمغية يعتقها، إلا أن ما يراه المواطنون صواباً، ينبغي أن يشكل إطاراً لتلك القيم التي لا يجوز تجاهلها عند الفصل في المسائل الدستورية.

وكثيراً ما يعبر القضاء عن القيم المشار إليها، بأنها تلك التي تقتضيها الجماعة التي تدل بتعضمها Decency وآدابها، والاتق من مظاهر سلوكها، على مدنيّتها وتحضرها.

وقد كان من شأن الأهمية التي بلغتها القيم التي تتوافق عليها الجماعة، أن مزجها القضاء بالدستور، بعد أن عاملوها بوصفها تعبيراً مختصراً Compendious Expression عن تلك المفاهيم المتطورة التي لها من مرونتها واتساعها وعمومها، ما يحول دون تقنينها، ومن اختلاجها بأعق مشاعر الجماعة ومتطلباتها، ما يعارض وصفها بالقيم الشخصية. إذ هي قواعد كلية تنتظم مجموع الحقوق الجوهرية لمواطنيها، والتي لا بد من ضمانتها بما يكفل حيويّتها، واتساقها مع زمنها.

١٣٦- وإذا قيل بأن قيم الجماعة سرعان ما تتغير، وأن القضاء في زمن ما، وعلى الأخص إذا بلغوا من الكبر عتياً، قد يتخذون من هذه القيم موقفاً رجحياً يناقض مستوياتها المعاصرة، إلا أن القضاء في كل عصر، لا يجوز أن يصنعوا بأنفسهم قانوناً لا يبلور القيم السائدة في مجتمعهم، وإلا

(١) في عام ١٨١٩ قررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن شرط الوسائل القانونية الواجب اتباعها، يؤمن الفرد ضد تحكم السلطة

كان على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تعطى للنصوص الدستور معنى تدل بوضوح على تبنيها للقيم الخلقية الغالبة في الجماعة، تقديراً بأن واجبها في مجال صناعة القانون، يقتصر على مجرد تفعيل هذه القيم التي لا تفصل بين الجماعة ومعتقداتها، وإنما تحدد لها طريقاً عليها ألا تتجاوزها<sup>(١)</sup>.

Judge - made law reflects usually the dominant beliefs of the community as to what ought to be.

---

(1) Swisher, "The growth of constitutional power in the United States" (Chicago, 1946) p. 217.

### المبحث الثامن

#### الخبرة العريضة للقضاة والمفاتيح

١٣٧- قد لا يلتزم القضاة دوماً بغير الجماعة، ولا يعملون من أجل إرسائها من خلال أحكامهم، ولكنهم يحورونها أو يبذلونها على ضوء قيم خاصة بهم يفرضونها في نطاق الخصومة القضائية التي تطرح عليهم.

وقد يكون لغير من بينهم فلسفة متميزة لكتسبها خلال فترة توليه الوظيفة القضائية، وكان لها أثرها في آرائه وتوجهاته أثناء مباشرتها.

وربما كان أكثر القضاة خبرة، أبلغهم في التعبير عن القيم التي يتصورها نهجا أفضل للحياة.

كذلك فإن لكل خبرة قضائية وزنها وأثرها في قرار جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

ولا يتصور مع تظلفها، أن يكون أداء هذه الجهة فاعلا، ولا أن يكون للقاضي مكانة أي كان قدرها، إذا كان يعمل بخير لانتكاح، أو بطريقة سلبية، أو على نحو يكون فيه مخادعا، متجاهلا خصائص الوظيفة القضائية ومتطلباتها.

ويظل وهما ما يقال من أن القضاة بوسعهم الانفصال عن خبراتهم السابقة التي تشكل خلفية تتحدد على ضوءها قراراتهم في المسائل الدستورية التي يبحثونها.

فالذين آمنوا بالأفكار الرأسمالية كجزء من عقائدهم، فلما يحيدون عن الدفاع عنها. بل يصوبونها في الآراء التي يبدونها. ولا تريد قراراتهم أن تكون أصداً لفلسفة طبيعتهم بمذهبها وصاغتهم على نمطها، وهم يسلطونها بمبادئ قانونية يبتدعونها، أو يستمدونها من أقوال لفقهاء، أو حتى ممن السوابق القضائية ذاتها. فلا يكون تصورهم للحلول القضائية، إلا استلهاها لمفاهيم سابقة عندهم، ثم التماس دعائم تكفي لحملها، ولو من مضائر خارجة (١).

(١) Jérôme Frank, "Law and the Modern Mind" [N Y 1930] p.104.

فالمأمون الذين يرفعون دعوى في شأن حقوق الملكية الخاصة، يكونون أكثر ثقة في مصير دعوامهم إذا كان القاضي الذي يفصل فيها متحيزاً لهذه الحقوق.

والمحامون أنفسهم يفضلون الظهور أمام قضاة يعرفون سلفاً دعمهم للحقوق التي يطلبونها ويناضلون لاقتضاها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن للقضاة يختلفون فيما بينهم في مجال القيم التي ينتصفون لها، فقد يحل قاض عن بعض القيم الشخصية التي كان حريصاً على تطبيقها، مغلباً عليها المفهوم الاجتماعي للقيم.

وقد يؤمن أحد القضاة بأن حرية العقيدة مكانة تسمو بها على سواها، ومنهم من يكون معنياً بشكل خاص بعناصر تكامل الشخصية التي يقدمها على كل اعتبار آخر.

وقد يكون انحياز القاضي إلى رفض أشكال التمييز العنصرية في طبيعتها، ناجماً عن تجربته الشخصية.

وقد يرتبط قاض بقوة مبدأ الحماية القانونية المتكافئة، أو يكون مدافعاً عنيدا عن حرية التعبير وحرية الاجتماع، أو خصماً لكل القيود التي تفرضها السلطة على حرية للتنقل، أو مناهضاً أخذ الملكية من أصحابها من خلال تنظيم تشريعي يجردها عملاً من قيمتها الاقتصادية، أو يهبط بصفة جوهرية بهذه القيمة إلى حدود لا يجوز التسامح فيها.

ويظل ثابتاً أن القضاة في كل عصر، لا يدنون في أحكامهم غير القيم التي يتصورونها أكثر صواباً - ما كان منها شخصياً أو اجتماعياً - وهم يصوغون لهذه القيم معانيها التي يرونها أكثر تعبيراً عنها، وأوفى حماية لها.

ذلك إنهم لا يتوخون مجرد الدفاع عن قيم بعضدونها، ولا التعبير عن فهمهم لضرورتها بكل عبارة يختارونها، ولكنهم يحرصون على تثبيتها إلى حد القتل من أجل إرسائها، ويقدرّون أن أولويتها على ما عداها، شرطها أن تتوافر لها من ضماناتها لقواها، ومن وسائل تنفيذها أكثرها صرامة.

بل إن مجموعة القيم التي يحلّز القضاة لها، تنكسر مراتبها في أذهانهم، فمنهم من يقدم القيم الجمالية على غيرها.

(1) Carr, The Supreme Court and Judicial Review (Farrar and Rinehart, N Y, 1942) p.233.

وعقد غيرهم تكون لحرمة الملكية الخاصة منزلتها التي تصل إلى حد تقديسها، فلا يكون دفاعهم عنها إلا عقيدة لا يتحولون عنها.

ومنهم من يؤمن بضرورة الفصل بين الدولة والدين إلى حد اعتبار كل معونة تقدمها الدولة إلى المعابد الدينية تكخلا في حرية العقيدة مخالفا لل دستور.

وإذا تكون حرية المشروع الخاص عقيدة مذهبية يؤمن قاض بها إلى حد إطلاق هذه الحرية من كل القيود التي تحد من حركتها.

والنظرة المتمسكة لأحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تدل على أن قضائتها يرتبطون بوجه أو بأخر ببعض القيم الشخصية أو بفلسفة خلسة يرونها عملا أكثر صوابا من غيرها.

ويظل أمرا غير مفهوم، عزل هذه الجهة عن قضائتها الذين كان لقوة شخصيتهم أثر هام في مجال تطويرها، ولوزنهم قوة مؤثرة لا تقل شأنا عن نصوص قاطعة يتضمنها الدستور، ولا عن مبادئ راسخة عززتها المواقف القضائية التي دل ثباتها على استقرارها.

### المبحث التاسع

#### حقائق من الاقتصاد وعلم الاجتماع وغيره من العلوم

١٣٨- قد تتخذ السلطة التشريعية بعض التدابير في شأن صناعة أو مهنة أو حرفة. فإذا ثار نزاع من خلال الخصومة القضائية حول وطأة هذه التدابير ونقل أعبائها وخروجها بالتالى على الحدود المنطقية اللازمة لضبطها، فإن على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تصدر حكمها فى هذه الخصومة على ضوء ما هو متاح أمامها من الحقائق الاقتصادية التى تحيط بوقائعها، وأن تحصل على معلوماتها فى شأن هذه الحقائق من مصادر موثوق بها، إذا لم يكن وقررها عليها واقعا فى إطار علمها العام<sup>(١)</sup>.

وعادة تحصل جهة الرقابة على الدستورية على معلوماتها اللازمة للفصل فى الخصومة القضائية المطروحة عليها -ما كان منها اقتصاديا أو اجتماعيا أو أنثروبولوجيا<sup>(٢)</sup>- من خبراء يدلون بشهادتهم أمامها؛ أو من خلال تبادل الخصوم لمذكراتهم التى يبرهنون فيها على وجود واقعة بعينها لها أثر على الخصومة.

وكلما كان وجود واقعة بعينها، أو مجموع من الوقائع المتضاربة، شرطا لدستورية القانون، وكان الخصوم قد برهنوا على أن هذه الواقعة أو الوقائع لم يعد لها من وجود، تعين على جهة الرقابة على الدستورية، الحكم بعدم دستورية هذا القانون.

كذلك فإن تطبيقها لشرط الحماية القانونية المتكافئة، قد يعتمد على دراساتها الاجتماعية والأنثروبولوجية للفصل فى دستورية التمييز بين أجناس بالنظر إلى لونها. كالتمييز بين الطلبة فى مدارسهم لاعتبار يتعلق بلونهم، وأثر هذا التمييز على صحتهم النفسية والعقلية، ودرجة انتمائهم لوطنهم وإمكان تعاضدهم مع الآخرين، والتفاعل معهم من منطلق تساويهم معهم فى القدر والاعتبار، ونحو ذلك مما يقدم إلى جهة الرقابة على الدستورية، أو يُطرح عليها، أو تستظهره هى من دراستها، أو من التقارير التى أعدتها بعض اللجان التشريعية، أو من أية شهادة يدلى بها الأفراد أو الخبراء أمام

(1) Borden's Farm Products Co- v. Baldwin (1934) 293 U.S. 149.

(٢) يقصد بالأنثروبولوجيا علم الإنسان الوصفى من جهة أجناسهم وكيفية توزيعهم وعاداتهم وتقاليدهم ومساهماتهم البدنية والعقلية.

لجان الاستماع؛ أو لجان تقصى الحقائق، مما يجعل جهة الرقابة على وعى كامل بكل معلومة تراها مفيدة في عملها.

يؤيد ذلك أن القوانين التي تفصل في دستوريته، قد تكون مادتها مسائل علمية خالصة، من بينها ما يكون ضروريا من التدابير لحماية العمال في صناعة التعدين؛ أو لحماية الأجnas من الأعباء التي تلقى على بعضها بقصد تقييد تعاملاتها التجارية؛ أو لتعطيل حقها في ارتداد بعض الفوائد أو دور اللهو. وكذلك ما ينجم عن حرمان مجموع من الأفراد من مكان يأويهم من آثار مدمرة تتفاقم بها أوضاعهم الاجتماعية؛ أو يضاعفها تنكسهم في رقعة ضيقة مع حرمانهم من الحد الأدنى لمتطلباتها الصحية.

وقد يكون من شأن الرهون العقارية والتقيود الباهظة التي تحيطها، الإضرار بالمدين الراهن، بما يؤثر على نمو الاقتصاد وتطويرة، ويوجه خاص كلما كان من أثر هذه الرهون على المشروع، تدمير أو إعجازه عن مواصلة نشاطه.

وتنظر جهة الرقابة القضائية على الدستورية دوماً، وكلما كان فصلها في دستورية النصوص للقانونية المطعون عليها، يقتضيها الخوض في الحقائق العلمية المتصلة بها، أن تتحررها وصولاً لأعماقها، ويصرا بجوانبها، وأن يكون إدراكها لها عريضاً متكاملًا.

فالآثار الاقتصادية المترتبة على الإنكماش؛ وآثار تعريض البيئة لمخاطر جسيمة ناجمة عن مصادر مختلفة تلوثها؛ وآثار التمييز بين الطلبة في شروط الالتحاق بالمعاهد للتعليمية بالنظر إلى ثراوتهم؛ والآثار الصحية للناجمة عن قصور الخدمة الطبية سواء في أشخاص القائمين عليها أو في تسهيلاتنا؛ جميعها ينبغي بحثها على ضوء الحقائق العلمية المتصلة بها، والتي لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تخفيها عن هؤلاء الذين يطعن أمرها في الخصومة القضائية التي تفصل فيها.

بل عليها أن تنبيههم إلى ما توافر لديها من مادة علمية، وأن تدعوهم إلى مناقشتها، وإبداء رأيهم في شأنها، سواء لتوكيدها أو لنفيها.

فإذا أقام هؤلاء الدليل على أن المادة العلمية التي يراد الاحتجاج بها في الخصومة القضائية، تقتضي ما يبرز صحتها، وأنها لا تدخل في إطار المسائل التي يمكن أن تتركها جهة الرقابة على الدستورية في نطاق علمها العام *Matters of common knowledge*، فإن تحويل الحكم عليها يكون خطأ فادحاً.

### المبحث العاشر

#### الاهتمام بالآثار التي يحدثها قرار جهة الرقابة على مجتمعها

١٣٩- لا تفصل جهة الرقابة القضائية على الدستورية في المسائل التي تطرح عليها، دون بصر بالآثار المترتبة على قراراتها في شأنها، بل توازن قبل إصدار أحكامها بين ضرورتها ونتائجها، أخذه في اعتبارها أن أحكامها لا يجوز أن تعرقل الدولة عن مباشرتها لسلطاتها بالكفاءة المطلوبة منها، وأن آثارها الضارة ينبغي توقيها أو العمل على تخفيفها قدر الإمكان، وعلى الأخص في الدول الفيدرالية التي ينبغي أن يكون لكل ولاية أو مقاطعة فيها، قدر من الاستقلال يكفل ذاتيتها، فلا يكون تدخل جهة الرقابة فيما هو خاص من شئونها، إلا عملاً منها به عنه دستورياً.

كذلك، فإن اتهام جهة الرقابة على الدستورية بأنها تشرع كثيراً، وتحكم قليلاً فيما تفصل فيه من المسائل الدستورية، يدفعها إلى نحض هذه التهمة -لا عن طريق إصدارها أحكاماً تنفيها، ولا بالتخلي عن تطويرها للدستور وسعيها الدائم لتغيير ملامح مجتمعها- وإنما من خلال السوابق القضائية التي تحيل إليها، لتتخذ منها قاعاً تتخفى وراءه، وكان الجديد من أحكامها ليس إلا القديم منها، تردد بها أصداء ماضي صلب منقضي.

وأحياناً تفصح جهة الرقابة القضائية على الدستورية -بطريق غير مباشر- عن إدراكها للنتائج المترتبة على أحكامها، من خلال رصدتها لكل الآثار الخطيرة التي تقارن قضاء على خلافها. فإبطالها تشريعاً يقيّد حرية التجارة، قد يقرن ببيان المخاطر التي تنجم عن تعويق تنفيذها من خلال الحواجز الجمركية.

كذلك فإن القيود التي تفرضها الولاية داخل الدولة الفيدرالية على التجارة عبر أقاليمها، قد تحول دون تنفيذها، بما يثير التنازع بين الولايات بعضها البعض، ويدفعها إلى الردع المتبادل، وأن تتخذ لكل منها تدابير تحول بها دون نفاذ الأجرى إلى أسواقها، بما يضر في النهاية بالاقتصاد القومي بوجه عام، خاصة وأن المكوس العالية التي تفرضها ولاية على وسلطات النقل التي تدخل إقليمها، قد تؤدي إلى خفض إيراداتها لا إلى زيادتها، وإلى تغيير هذه الوسائط لاتجاهها، فلا تدخل هذه للولاية، بل تتحول إلى غيرها.

وحتى في الدول البسيطة، فإن فرض للدولة لضريبة في نطاقها الإقليمي، قد يكون مجاوزاً المقدره التكافئية للخاصين لها؛ أو منتهياً إلى تخليهم عن نشاطهم المشروع؛ أو جاعلاً مضيقهم فيه

رهقا؛ أو مستثيرا ردود فعل غامضة تخل بالأمن القومي؛ أو منها تعاون الدول اقتصاديا فيما بينها، ومؤديا إلى تبادلها صورا من الردع تتخذ شكلا اقتصاديا.

ولئن حرص قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، على إيضاح الآثار السلبية التي تنجم عن إبطال النصوص القانونية المطعون عليها، إلا أنهم أحيانا قد لا يحصسون بالدقة الكافية هذه الآثار، ولا يتأملون بسحق جوتبها. وقد يهملونها بدو قوفهم عليها، وإن كان واجبهم المبدئى هو تعريبها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تدعو الدفاع -إذا لم تكن على يقين من نوع وحدة المخاطر التي قد تقارن حكمها المحتمل فى الموضوع المبروض عليها- كى يحيطها، ولو من خلال خبراء يستقدمهم، بكل المخاطر الاقتصادية والاجتماعية التي يتوقعونها كآثر لإبطال النصوص القانونية للمطعون عليها، والتي يكون التكهن بها من زاوية علمية Scientific Prognosis دالا على رجحان حدوثها.

### المبحث الحادي عشر

#### نصوص الدستور في لغتها وترتيبها

١٤٠- من القواعد المبدئية في تفسير الدستور، أن كل كلمة فيه لا يجوز عزلها عن سياقها؛ ولا للنظر إليها باعتبارها كلمة زائدة لا قيمة لها؛ ولا إعطاؤها معنى ينقض دلالتها الواضحة.

بل تؤخذ الكلمة أو العبارة التي لا يشوبها غموض، والتي لا تعارض أجزاء أخرى من الدستور، على ضوء معناها الطبيعي، وبمراعاة أن الكلمة الواحدة التي تتعدد مواضعها في الدستور، ينبغي فهمها على أنها هي ذاتها في كل مواضعها، وأن معناها بالتالي واحد في كل مستعمالاتها، وأن لكل كلمة مقاصدها، ولا يجوز بالتالي تجريدتها من كل أثر.

كذلك فإن نصوص الدستور لا تجوز قراءتها بما يخل بتكاملها واتساقها فيما بينها.

ولا يجوز كذلك أن نفترض أن أجزاء الدستور لا ترتبط فيما بينها، أو أن بالإمكان حذفها، أو أن جانباً منها عقيم في معناه، أو أن أهدافها ينقض بعضها البعض. بل يتعين النظر في نصوص الدستور بما يوفق بينها؛ وإلى فروع المسائل التي ينظمها باعتبارها نتائج أسسها لضمان تفسيرها بصورة لائقة؛ وبمراعاة أن نصوص الدستور في لغتها وترتيبها، ليس لها دور حاسم في مجال تحديد أهميتها.

فلغتها وحدها قد لا تنفي حقيقة معناها. وليس لها من قيمة حين تستخلص جهة الرقابة من الدستور، حقاً لا نص عليها فيه.

كذلك فإن ترتيبها فيما بينها، لا يدل بالضرورة على أن النصوص التي تتقدم غيرها، أكثر أهمية من سواها.

ويكون محل نظر بالتالي، تقييم المحكمة الدستورية العليا في مصر لأهمية مساواة التوطينيين أمام القانون - لا على ضوء الأثر السلبية السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تنجم عن التمييز بينهم بالمخالفة للدستور - وإنما بالنظر إلى أن تساويهم في المعاملة القانونية مع نظرائهم كان "أول"

مبدأ نص عليه الدستور في بابهِ الخاص بحقوق المواطنين وحرياتهم؛ وجاء بالتالى فى موقع  
الصدارة منها (١).

وليس ذلك إلا ترتيباً لحقوق المواطنين وحرياتهم على أساس مواقعها فى الدستور. حال أن  
حقوقهم وحرياتهم هذه، لا تتدرج فيما بينها، ولا تنفصل عن بعضها، ولكنها تتكامل فى إطار منظومة  
تجمعها وتتكافأ مفرداتها فيما بينها. فلا يكون كل حق أو حرية، إلا أصلاً أو مدخلاً لغيره أو نتيجة  
مترتبة على وجوده.

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ - قاضية رقم ٣٣ - ص ٢٨٠  
- ٢٨١ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

### الفصل التاسع

#### بين مركزية الرقابة القضائية على الدستورية وتشيتها

#### المبحث الأول

#### الخلفية التاريخية للدساتير المصرية

١٤١- سبتمبر دستور ١٩٧١، أول دستور في مصر يقرر نظاما للرقابة القضائية على دستورية القوانين.

ذلك أن الدساتير السابقة عليه، وبالرغم من اعترافها لكل مواطن بالحقوق والحريات التي أوردتها في صلبها -لم تقم نظاما قضائيا دستوريا- لضمانها بصورة فعلية.

وقد كان دستور ١٩ أبريل ١٩٢٣ أول دستور تحصل عليه مصر بعد إعلان استقلالها، صاغته لجنة من ثلاثين عضوا، ضمنته نظاما برلمانيا حراً وتمثيلا، يكفل لكل مواطن كثيرا من حقوقه وحرياته التي عددها هذا الدستور، من بينها حرية التعبير وحق الاجتماع وحرية العقيدة (١).

إلا أن فؤاد الأول -وقد كان سلطانا ثم ملكا على مصر- ألغاه عام ١٩٣٠ بالنظر إلى معارضته الأغلبية الوفدية البرلمانية، ولحل محله دستورا يدعم من سلطاته ويقيدها (٢).

ثم ألغى دستور ١٩٣٠ بمقتضى الأمر الملكي رقم ١١٨ الصادر في ١٢/١٢/١٩٣٥. وعاد العمل بدستور ١٩٢٣، إلى أن قرر مجلس قيادة ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ إسقاطه وذلك بمقتضى الإعلان الصادر عام ١٩٥٢ عن القائد العام للقوات المسلحة بصفته رئيس حركة الجيش (٣)، ثم إلغاء الملكية في ١٩٥٣، على أن يعمل بصفة مؤقتة بالإعلان الدستوري الصادر عن رئيس مجلس قيادة الثورة في ١٠/٢/١٩٥٣، وذلك إلى حين الموافقة على الدستور النهائي.

(١) صدر هذا الدستور في ١٩ أبريل ١٩٢٣ بمقتضى الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ بوضع نظم دستوري للدولة المصرية. وقد نشر في الوقائع المصرية بالعدد ٤٢ [غير اعتيادي] في ١٠/٢/١٩٢٣.

(٢) ألغى دستور ١٩٢٣ بمقتضى الأمر الملكي رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ بوضع نظم دستوري للدولة المصرية الصادر في ٢٢ أكتوبر ١٩٣٠. وقد نشر هذا الأمر في عدد الوقائع المصرية رقم ٩٨ [غير اعتيادي] بتاريخ ٢٣ أكتوبر ١٩٣٠.

(٣) نشر هذا الإعلان الدستوري في العدد رقم ١٥٨ مكرر [غير اعتيادي] من الوقائع المصرية بتاريخ ١٠/١٢/١٩٥٢.

وقد نص هذا الإعلان على عدد من الحقوق الأساسية لكل مواطن من بينها حرية التعبير وضمنان الحرية الشخصية وحرية العقيدة واستقلال السلطة القضائية<sup>(١)</sup>.

ثم عُهد إلى لجنة من خمسين عضوا بإعداد الدستور النهائي، وكان من بين النصوص التي أقرتها وضمنتها مشروعاتها، إحداثها لرقابة قضائية على دستورية القوانين تقوم عليها محكمة عليا تتولى كذلك محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء، وتبشر دور محكمة التنازع للفصل في مسائل تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية المختلفة، وكذلك فيما يقع من تناقض في أحكامها النهائية، فضلا عن مسألة بالغة الأهمية في مصر، هي الفصل في دستورية لتدخلاتها البرلمانية.

ولكن الرئيس جمال عبد الناصر -الذي قبض بيده على السلطة آنذاك- لم يقبل مشروع هذه اللجنة، وأحل محلها لجنة أخرى عين هو أعضاؤها، وعهد إليها بمهمة عمل دستور جديد. وكان دستور ١٦ يناير ١٩٥٦ هو ذلك الدستور الذي وُفق عليه في استفتاء عام، كافلا للمواطنين -لأول مرة- حقوقا اقتصادية واجتماعية فضلا عن حقوقهم المدنية والسياسية، ومنهيا التعددية الحزبية، مقيما محلها حزبا حكوميا وحيدا<sup>(٢)</sup>.

وظل هذا الدستور معمولا به حتى انعقاد الوحدة بين مصر وسوريا عام ١٩٥٨، فصدر للدولة الوليدة -وهي الجمهورية العربية المتحدة- دستور ينظمها في ١٩٥٨/٣/٥، على أن يكون دستورا مؤقتا. وليس في هذا الدستور -المكون من ٧٣ مادة- إلا أقل القليل من النصوص التي تكفل حقوق الفرد وحياته<sup>(٣)</sup>.

وبانفصال مصر عن سوريا، دعا الرئيس جمال عبد الناصر إلى مؤتمر وطني للقوى الشعبية في مصر.

وقد أقر هذا المؤتمر في عام ١٩٦٢ ميثاقا وطنيا منشأ حزبا حكوميا وحيدا هو الاتحاد الاشتراكي العربي، وكافلا للعمال والفلاحين -لأول مرة- عددا من مقاعد المجالس النيابية لا يقل عن نصفها.

(١) نشر هذا الإعلان بتاريخ ١٩٥٣/٢/١٠ في عدد الوقائع المصرية رقم ١٢ مكرر ب [غير أعيدى].

(٢) هو الاتحاد القومي. ويلاحظ أن دستور ١٩٥٦ نشر بالوقائع المصرية -لعدد ٥ (مكرر) غير اعتيادي بتاريخ ١٦ يناير ١٩٥٦.

(٣) نشر هذا الدستور بالجريدة الرسمية - لعدد الأول بتاريخ ١٩٥٨/٣/١٣.

وتلا هذا الميثاق، إعلاناً دستوريا صدر في ٢٧ سبتمبر ١٩٦٢ متضمناً تنظيمياً في شكل دستور للسلطة العليا في الدولة (١). وأعقبه دستور آخر صدر في ٢٤/٣/١٩٦٤، وعمل به بوصفه دستوراً مؤقتاً، وإن ظل قائماً حتى ١٩٧١ (٢).

ويدل استقراء هذه الدلائل جميعها على أن حقوق المواطن وحرياته التي كفلتها بصورة متفاوتة فيما بينها، لم يدعمها تنظيم خاص يكفل ضمانها بصورة جدية ممثلة في رقابة قضائية على دستورية القوانين، يفشلها هذا التنظيم الخاص ويضمنها.

ولكن القضاء كان يسلم بهذه الرقابة وبضرورتها قبل أن ينص عليها دستور ١٩٧١.

وكان مجلس الدولة في مصر من أكبر دعائمها - لا بوصفها رقابة مركزية تنحصر في جهة واحدة - وإنما كرقابة لا مركزية تقوم عليها المحاكم جميعها باعتبارها مندرجة بالضرورة في إطار مهمتها الخاصة بتفسير النصوص القانونية جميعها على ضوء دلالتها، وبمراعاة ما بينها من تدرج يكفل السيادة للدستور فوق كل قاعدة قانونية لا نص عليها فيه.

(١) نشر هذا الإعلان في العدد رقم ٢٢٢ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٦٢/٩/٢٧.

(٢) نشر هذا الدستور بالجريدة الرسمية - العدد ٦٩ تفع (١) بتاريخ ١٩٦٤/٣/٢٤.

### المبحث الثاني

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين القول بها وإنكارها

١٤٢- ولم تلق الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر منذ ١٩٢٣ مبادئ رحيمة تجول فيها. ذلك أن بعض الفقهاء ظلوا معاندين لها حتى صدور دستورها الدائم في ١٩٧١. وكانت حججهم في ذلك، هي ذاتها التي ردها فقهاء آخرون في بعض الدول الأجنبية كفرنسا، حاصلها أن السيادة لا تتعد لغير السلطة التشريعية التي تمثل الجماهير في مجموعها، وأن القوانين التي تقرها، هي في حقيقتها القانونية تعبير عن إرادتها، أو هي إرادة الأمة مجمعة *Rassemblement* ولا يتصور بالتالي أن تفرض على السلطة التشريعية التي لها ناصية السيادة ويدها زمامها، رقابة من أي نوع، ولا أن يفترض لخطأ في تشريعاتها التي أقرتها أغلبية حرة بكامل إرادتها (١).

ومن ثم كان للقانون في مفهوم هؤلاء الفقهاء، مجرد تعبير عن السيادة الوطنية التي لا تعطى عليها أية سلطة، ولو كانت هي السلطة القضائية التي ينبغي عليها أن تقع بتطبيقها للقانون، دون نظر منها في مضمون قواعده، وإلا كان ذلك عنواناً من جلايتها على مبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية. وهو مبدأ ترقى أهميته إلى حد التقديس، ويزيد من صرامته أن السلطة القضائية في مصر -وبالنظر إلى أوضاعها الخاصة- تقتصر إلى الاستقلال الكامل عن السلطة التنفيذية، ولئن يكون تدخلها في عمل السلطة التشريعية إلا تحريفا للإرادة التي تمثلها.

هذا فضلا عن أن القوانين التي تنظم السلطة القضائية، تمنعها من تأويل الأوامر الإدارية أو وقفها. وينبغي عليها بالتالي -وبدلالة الأولى *A fortiori*- ألا يكون لها شأن بتأويل القوانين أو وقفها بقصد إرجاء أو تعطيل تنفيذها.

على أن فقهاء آخرين انتصفوا للشرعية الدستورية بوصفها أداة إخضاع السلطتين التشريعية والتنفيذية -التي لا تباشران غير اختصاصاتهما المنصوص عليها في الدستور وفي الحدود التي

(١) Jacques Rabert, "La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et reformes". R. D. P. 1990, p.1255.

بينها- لرقابة قضائية ترعى تقديمها بهذه الحدود، على أن تقوم عليها جهة قضائية مستقلة عنهما، ولا تندمج في إحداها أو تلحق بها<sup>(١)</sup>.

ولئن قبل نقياً لهذه الرقابة بأن القانون والدستور، يبلوران كلاهما الإرادة الشعبية، وأنهما مجرد تعبير عنها، إلا أن الدستور يظل من عمل هيئة أعلى يفترض تمثيلها لأمتها بصورة أكثر عمقاً وشمولاً وثباتاً، وضمانها لكل حق أو حرية أدرجتها في الدستور ولحداً بعد الآخر.

فلا يكون الدستور إلا قاعدة لحقوق المواطنين وحياتهم بتقيد المشرع بها في مجال تنظيمه للحق أو الحرية التي نص الدستور عليها.

هذا فضلاً عن أن السلطتين التشريعية والتنفيذية تكتنزان في وجودهما إلى الدستور. لأكما من خلقه.

ولا يتصور أن تعارض السلطة التي أنبتها الدستور، إرادة الهيئة الأعلى التي أنشأتها فإذا أهدر المشرع قيوداً حد بها الدستور من سلطته التقديرية، كان ذلك إنكاراً لحقيقة أن القواعد القانونية جميعها لا تتحد مراتبها، وإنما يطو بعضها البعض بالنظر إلى تدرجها فيما بينها، وتضاعدها طبقة فوق طبقة، إلى نهاية بنيتها وذراء، ممثلاً في الدستور.

فضلاً عن أن الذين يخفون من الرقابة على الشرعية الدستورية، يتجاهلون أن الجهة التي تتولاها، لا تبأشر غير وظيفة قضائية لها أوضاعها وضماناتها الخاصة، التي لا تحصل بها محل السلطة السياسية، ولا تقيماً بديلاً عنها، حتى مع القول بأن المسائل الدستورية التي تفصل فيها نخالطها عناصر سياسية تتأثر بها الحلول القانونية لهذه المسائل.

كذلك لا تتدخل جهة الرقابة على الدستورية في نطاق الولاية التي عهد الدستور بها إلى السلطة التشريعية. وليس لهذه السلطة كذلك أن تؤثر بضغطها على قضاء جهة الرقابة الذين يتخذون قراراتهم في شأن المسائل الدستورية التي تطرح عليهم وفق ضوابطهم، وبمراعاة ما يبين القواعد القانونية من تدرج يقدم عليها نصوص الدستور التي تؤكد علو الهيئة التي تبتئها، وتكفل موازنة

(١) تنص المادة ٩٤ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية (٢٣ مايو ١٩٤٩) على أن المحكمة الدستورية الاتحادية لا يجوز أن تكون جزءاً من السلطة التشريعية الاتحادية Bundestag التي تمثل الشعب في مجموعته، ولا جزءاً من الحكومة أو أي من تنظيماتها.

الديموقراطية، بضرورة أن يكون استعمال السلطة منحصرًا في حدودها الضيقة التي يبين الدستور تفويضها كضمان يحول دون التحرف بها.

هذا فضلا عن أن محاكم مجلس الدولة تفرض رقبتها على الأوامر الإدارية جميعها -اللتظيمية منها والفردية- وتلغيها بقدر تعارضها مع القانون، فلا يكون إبطال جهة الرقابة على الدستورية لكل قانون يناقض الدستور، مجالها للمنطق، ولا مجالها للشرعية الدستورية. بل هو إعلاء الدستور على كل سلطة تريد الخروج عليه.

وهو ما دعا بعض المحاكم في مصر، وإلى ما قبل العمل بالدستور الدائم، إلى الامتناع عن تطبيق كل قاعدة قانونية تقدر مخالفتها للدستور، سواء لتطرق مطلبها بأوضاع شكلية ينبغي إغراؤها فيها، أو بمضمون كان عليها أن توفقه مع نصوص الدستور في محتواها الموضوعي<sup>(١)</sup>.

ولم ينحصر أمر الرقابة القضائية على الدستورية -ومن خلال الامتناع عن تطبيق النصوص القانونية المناقضة للدستور- إلا بعد أن أصدر مجلس الدولة في مصر حكما دائما في ١٠ فبراير ١٩٤٨، مقيما دعائم هذه الرقابة على صحيح أسسها والتي تتحصل أولا في أن الرقابة القضائية على دستورية قانون أو مرسوم بقانون، لا يمنعها في مصر قانون وضعي، سواء كان عوار النصوص المطعون عليها من طبيعة شكلية أو موضوعية.

وإن التترع بقاعدة الفصل بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية لإنكار الرقابة القضائية على الدستورية، يقوم على حجة داحضة. ذلك أن قاعدة الفصل هذه، هي التي تقيم للرقابة على الدستورية عمدها؛ لأنها تتوخى حصر نشاط كل سلطة في النطاق المفلول لها طبقا للدستور، فلا تجاوز بأعمالها حدوده.

وما الدستور إلا قانون ينبغي على المحاكم جميعها أن تطبقه باعتباره متريما قمة لهرم يضم القواعد القانونية جميعها، وإن كان يخارها في سموه عليها باعتباره موئل حقوق الأفراد وحررياتهم، وقاعدة الحياة الدستورية في كل جوانبها.

(١) صدر أول حكم يؤيد الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور من محكمة مصر الابتدائية في أول مايو ١٩٤١، إلا أن محكمة استئناف القاهرة أمنت حكما في ٣٠ مايو ١٩٤٣ مستندة في ذلك إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وإلى أن التحقق من مطابقة القانون للدستور، هو ما تتولاها السلطة التشريعية بمناسبة إقرارها للقانون.

فإذا تعارض الدستور والقانون في مجال تطبيقهما في خصومة قضائية، فإن فرض الجهة القضائية لهذه الخصومة، لا يكون إلا بتحتية القانون حتى لا يحكمها، ليكون الحكم للدستور دون غيره.

وتغليبها الدستور على القانون على النحو المتقدم، لا يفيد تعديها على السلطة التشريعية، ولا يدل على أنها تشرع بصورة مبتدأ بدلاً منها. ذلك إن وظيفتها القضائية تلزمها بمجرد الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، لا إلغاء هذا القانون أو إرجاء تنفيذه، فلا يكون تدخلها إلا لفض نزاع قائم لديها تعارض فيه القانون مع الدستور باعتباره القانون الأعلى<sup>(١)</sup>.

وقد كان من شأن قضاء مجلس الدولة المتقدم بيلته، تولى المحاكم جميعها -لما كان موقعها أو طبيعة اختصاصها- سلطة مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال خصومة قضائية تنظرها، وعن طريق دفع فرعى يتعلق بمسائل دستورية لها أثر على النزاع المراد فيها. فلا يكون الفصل في المسائل الدستورية المتصلة بالخصومة القضائية، إلا سابقاً على الفصل في موضوعها. ومع ملاحظة أن تطبيق الدستور بدلاً من القانون عند وقوع تنازع بينهما، مرده أن إلغاء أية محكمة لقانون قائم، لا يكون إلا بنص صريح في الدستور.

فإذا خلا الدستور من نص يخولها هذا الاختصاص، فليس أمامها إلا الامتناع عن تطبيق القانون في النزاع المعروض عليها، وإن كان حكمها فيه لا يقيد بها في نفسها في نزاع لاحق، ولا يلزم غيرها به، ولو في نزاع مماثل.

(١) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة في ٣٠ يونيو ١٩٥٢، مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة السادسة ص ١٦٦.

### المبحث الثالث

#### رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور

١٤٣- تمثل رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، تطورا محمودا في اتجاه دعم الرقابة غير المركزية على الدستورية، إلا أن كثرة عيوبها جردتها من أهميتها.

ذلك أن ما كان يعيها بوجه خاص هو افتقارها إلى معايير موحدة تقاس على ضوءها دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، وتفرقها بين المحاكم جميعها، وتناقض أحكامها فيما بين بعضها البعض، وحتى دخل المحكمة الواحدة.

فضلا عن نسبية آثارها. ذلك أن الامتناع عن تطبيق القانون في خصومة بذاتها، لا يفيد تجريده من آثاره بصفة كاملة ونهائية، بل تظل آثاره جميعها قائمة ونافذة فيما عدا الدائرة المحدودة التي نحى هذا القانون عنها، وهي دائرة الخصومة القضائية التي أهدر فيها تطبيقه.

### المبحث الرابع

#### إنشاء المحكمة العليا كجهة قضائية تتركز فيها الرقابة على الدستورية

١٤٤- وقد ظل امتناع المحاكم عن تطبيق القانون المناقض للدستور معمولاً به، إلى أن صدر القرار بقانون ٨١ في ١٩٦٩/٨/٣١، منشأ محكمة عليا تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين (١).

وقد اقترن إحداث هذه المحكمة -وقد تم تنفيذها إيمان ١٩٦٨/٣/٣٠- بصور قرار آخر يقبلون عزل عدداً لا يستهان به من القضاة عن طريق تحييتهم من مواقعهم القضائية، سواء بنقلهم إلى جهة غير قضائية، أو بإلغاء ختمتهم بصفة نهائية؛ مما أحاط المحكمة العليا الوليدة بصورة قائمة منذ إنشائها، جعلها تبدو كخطوة مقصودة -لا لتأكيد الشرعية الدستورية ودعم حقوق المواطنين وحررياتهم- وإنما كدأ في يد السلطة التنفيذية توجهاً لتحقيق أغراضها في التحول الاجتماعي، وكذلك لامتناس ما نجم عن عزل القضاة من مشاعر غاضبة.

وكان منطقياً بالتالي ألا يتقبل الوسط القضائي وجود المحكمة العليا بحسن نية، وأن ينظر إليها مستريباً. فلا يطمئن لأحكامها ولو كانت صحيحة في ذاتها، خاصة بعد انتزاعها سلطة قاضي الموضوع في الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، وتخويلها دون غيرها سلطة إبطال القوانين المخالفة للدستور، لا مجرد الامتناع عن تطبيقها.

وقد كان إبطال المحكمة العليا للقوانين المخالفة للدستور مؤداه تجريدها من قوة نفاذها وإعدامها. وهي سلطة لا يجوز أن تتولاها المحكمة العليا بغير نص في الدستور. فإذا خولها إياها قرار بقانون صدر عن رئيس الجمهورية، كان هذا القرار مخالفاً للدستور.

ولمواجهة هذه الصعوبة حرص الدستور الدائم لعام ١٩٧١ على أن يضفي على ممارستها لذلك الاختصاص شرعية استثنائية، وذلك بما نص عليه الدستور في المادة ١٩٢ من أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

(١) للجريدة الرسمية -العدد ٣٥ مكرر في ١٩٦٩/٨/٣١- وقد أكمل هذا القرار بقانون، بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ المتعلق بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا والذي نشر في العدد ٢٥ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٠/٨/٢٧.

### المبحث الخامس

#### تيساط ولاية المحكمة العليا على التشريعات جميعها

١٤٥- على أن قانون المحكمة العليا، وإن عهد إليها دون غيرها باختصاص الفصل فى دستورية القوانين بمعنى الكلمة، وقصر ولايتها على هذا النطاق وحده فى مجال مباشرتها للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية؛ إلا أن حكمها الصادر فى ٣ يوليو ١٩٧١ فى القضية رقم ٤ سنة ١ قضائية عليا "دستورية" بسط رقابتها هذه، على القواعد القانونية جميعها، بما فى ذلك تلك التى تصدر عن السلطة التنفيذية.

وهى تؤسس حكمها فى ذلك على أن الرقابة على دستورية القوانين غايتها صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه. ولا يتحقق هذا الغرض على الوجه الذى يعنيه قانون المحكمة العليا فى مادته الرابعة، إلا ببسط رقابتها على التشريعات كافة، الأصلية منها والفرعية. ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعا. بل إن هذه المظنة أقوى فى التشريعات الفرعية منها فى القوانين التى يتوافر لها من أوجه دراستها وبطها ما لا يتوافر للوائح التى ينظم بعضها حريات المواطنين وأموالهم اليومية، خاصة وأن اللوائح تعتبر قوانين من حيث الموضوع، وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصورها من السلطة التنفيذية.

ولو قيل بأن الرقابة القضائية لهذه المحكمة لا تتناول اللوائح المشار إليها، لعاد أمرها كما كان إلى المحاكم جميعها، نقضى فى الدفوع التى تقدم إليها بعدم دستورتها، بأحكام قاصرة غير ملزمة بناقض بعضها البعض (١).

(١) ص ١٧ و ١٦ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا - الجزء الأول طبعة ١٩٧٧.  
أنظر كذلك فيما ثل من خلاف حول السحاب اختصاص المحكمة العليا إلى اللوائح، ص ١١١-١٢٨ من مؤلف الدكتور عادل شريف المستشار بالمحكمة الدستورية العليا فى شأن القضاء الدستورى والرقابة على الدستورية إنذر الشعب - طبعة ١٩٨٨.

### المبحث السادس

#### معارضة المحكمة العليا وانتقادها

١٤٦- ولم تقبل جهة القضاء العادى بالولاية التى بسطتها المحكمة العليا على دستورية اللوائح. فقد خلص الحكم الصادر عن الدائرة المدنية والتجارية بمحكمة النقض، فى الطلب المقيد بجولها برقم ٢١ سنة ٣٩ ق [رجال قضاء]، إلى تقرير اعدام القرار بقانون رقم ٨٣ سنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية مقيمة حكمها فى ذلك على دعائم حاصلها أن دائرة المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، هى التى تختص دون غيرها بالفصل فى كافة الطلبات التى يقدمها رجال القضاء فى شأن من شؤونهم الوظيفية؛ وأن نص المادة ٤ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٨١ الصادر بإنشاء المحكمة العليا، وكذلك نص المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالرسوم والإجراءات أمامها، لا يخلو منها غير الفصل فى دستورية القوانين. ولا كذلك كل قرار بقانون يصدر عن رئيس الجمهورية. وإذا كان عزل القضاة من وظائفهم، من المسائل التى لا يجوز تنظيمها إلا بقانون، لا بقرار بقانون؛ وكان القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه، قد نص على أن يعتبر رجال القضاء الذين لا يعاد تعيينهم فى جهاتهم الأصلية أو ينقلون منها إلى جهة أخرى، محالين إلى المعاش بحكم القانون؛ فإن هذا القرار بقانون يكون مشوباً بعيب جسيم يجلطه عديم الأثر.

فضلا عن أن القرار بقانون المطعون عليه، صدر عن رئيس الجمهورية بما يجاوز حدود التفويض المخول له بمقتضى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧، فقد حصر هذا القانون المسائل التى فوض رئيس الجمهورية فيها، فى تلك التى تتصل بالأوضاع الاستثنائية التى تتعلق بأمن الدولة وسلامتها، وتعبئة كل إمكاناتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي.

ومن ثم يقتصر موضوع هذا التفويض على المسائل التى حددها ذلك القانون، وللتى قصد بتنظيمها مواجهة الأوضاع الاستثنائية الناجمة عن عدوان ٥ يونيو ١٩٧٦، والتي لا يندرج تحتها ما تضمنه القرار بقانون المطعون فيه من اعتبار القضاة الذين لا يعادون إلى وظائفهم، ولا ينقلون منها إلى وظيفة أخرى، محالين بحكم القانون إلى المعاش. ومن ثم يكون هذا القرار بقانون قد خرج عن حدود التفويض، وصار مجرداً بالتالى من قوة القانون(١).

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ١٩٧٦/١٢/٢١ من الدائرة المدنية والتجارية -الطلب المقيد فى جدول المحكمة - برقم ٢١ سنة ٣٩ ق [رجال القضاء].

وإذا كان ما تقدم يعبر عن اتجاه محكمة النقض في شأن اختصاصها -دون المحكمة العليا- بالفصل في دستورية النصوص الاتحكية التي لا ترقى مرتبتها إلى مرتبة القانون؛ فإن المحكمة الإدارية العليا لم تقبل كذلك أن تتولى المحكمة العليا تفسير الدستور تفسيراً ملزماً، قولا منها بأن الاختصاص المخول للمحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيراً ملزماً، مقصور على النصوص القانونية الأكنى مرتبة من الدستور، ولا يتعداها إلى ذات نصوص الدستور. ولو أراد المشرع أن يدخل المحكمة العليا، سلطة تفسير الدستور تفسيراً ملزماً، لنص على ذلك صراحة.

وثمة فارق كبير بين أن تفسر المحكمة العليا الدستور في محاولتها تفهم مراميها في مجال فصلها في دستورية قانون أو لائحة؛ وبين أن تفسر الدستور بصفة أصلية ومباشرة، تفسيراً ملزماً، خاصة إذا قدم إليها طلب تفسير الدستور، بمناسبة قضية منظورة أمام قاضيتها الطبيعي، وفي مرحلتها الحاسمة. فلا يكون هذا التفسير غير تدخل في شؤون العدالة، ومصادرة لحق النقاضي والدفاع اللذين كلفهما الدستور في المادتين ٦٨ و٦٩؛ وتقليص لدور القاضي الطبيعي إلى مجرد التطبيق الحرفي لتفسير ملزم أتاه من المحكمة العليا. فلا ينزل على الخصومة المطروحة عليه، حكم قانون يراه صحيحاً، بل قاعدة ارتأها غيره موافقة لحظها.

فضلاً عن أن اختصاص المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين، مؤداه أن القانون بمعنى الكلمة هو محل رقابتها، وإن مراقبتها نصوص هذا القانون، لا تكون إلا على ضوء أحكام الدستور. ومن ثم تكون كلمة "القانون" الذي تفصل المحكمة العليا في دستوريته، هي ذاتها كلمة "القانون" الذي تفسر نصوصه تفسيراً تشريعياً. وإذا كان الدستور لم يفوض المحكمة العليا في تفسير نصوص الدستور تفسيراً ملزماً تعبر به عن إرادة الجماهير، فإن انتهاكها هذا الاختصاص لنفسها، يكون حابط الأثر (١).

(١) المحكمة الإدارية العليا - (الدفعة الأولى) حكما الصادر في ٩ أبريل ١٩٧٧ في الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٢٣ قضائية عليا في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بجلسته ٢٩ من مارس ١٩٧٧ في الدعوى رقم ٨٢٩ لسنة ٣١ القضائية المقامة من السيد كمال الدين حسين عبد الرحمن.

### المبحث السابع

#### إرساء الرقابة القضائية على قواعد الدستور

١٤٧- وقد كان دستور ١٩٧١ أفضل الدساتير المصرية على الإطلاق فيما تضمنه من قواعد فى شأن الدولة القانونية، أهمها تأكيد خضوعها للقانون، والنص صراحة على أن سيادة القانون أساس للحكم فيها، مع ضمان استقلال القضاء وحصانته لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

وهذه الملاحح الرئيسية للدولة القانونية، هى التى كفلتها المادتان ٦٤ و ٦٥ من الدستور، ومؤداهما خضوع الدولة لقواعد قانونية تصمو عليها، وتنفذ هى بها، فلا تخرج عليها فى تصرفاتها، على أن يكون مضمون هذه القواعد -فى حده الأدنى- موازيا للقواعد التى جرى العمل باطراد فى الدول الديمقراطية على تطبيقها بوصفها أسلوبا لحياتها وضابطا لحركتها.

وفى إطار هذه المفاهيم -وعلى ضوئها- كان منطقيا، بل وضروريا، أن تقوم جهة قضائية على ضمان تطبيق الدستور كتفد على السلطة فى كل مظاهرها وأشكالها؛ وأن يكون بيد هذه الجهة وحدها سلطة التفسير النهائية لأحكام الدستور فى نطاق الخصومة القضائية.

وفى إطار هذا الاتجاه، أحدث الدستور جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، هى المحكمة الدستورية العليا، وأحاط بالقواعد الرئيسية لتنظيمها، من خلال تحديده لطبيعتها ونطاق ولايتها؛ وضوابط تشكيلها؛ وشروط تعيين أعضائها وحقوقهم وحصانته، وعدم قابليتهم للعزل؛ وجواز مساءلتهم تأديبيا؛ وقواعد نشر أحكامها وقراراتها فى الجريدة الرسمية.

وفوض الدستور المشرع فى بيان الآثار المترتبة على أحكامها الصادرة بإبطال للنصوص القانونية المخالفة للدستور.

### المبحث الثامن

#### خصائص بنين المحكمة الدستورية العليا

١٤٨- تلك هي الخطوط الرئيسية التي أُلِّمَ الدستور في إطارها بنين جهة الرقابة القضائية على الدستورية.

ويلاحظ بشأنها ما يلي:

أولاً: حرص الدستور على أن تكون المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية قائمة بذاتها، كغلا من خلال استقلالها أن تدبر وحدها كل شأن من شئونها، وأن تستقل في تصريفها، دون تدخل من أية جهة أيا كان موقعها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أتى الدستور بفصل خاص أئردو للمحكمة الدستورية العليا، دالاً به على موقعها من المحاكم جميعها؛ وتفردها بدور متميز عنها؛ وأنها لا تعتبر جزءاً من السلطة القضائية.

وقد توخى الدستور بفصلها عن السلطة القضائية، بالرغم من مباشرتها لوظيفة قضائية بمعنى الكلمة، تحقيق أمرين:

أولهما: أن تكون أحكامها في الدعاوى الدستورية وكذلك قراراتها بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، ملزمة للسلطة القضائية بكل فروعها ومحاكمها أيا كانت طبيعة المنازعة التي تفصل فيها. ومما يناهض موقعها من السلطة القضائية، أن تكون جزءاً منها، ذلك أن الجزئية توجب اشتقاق الفرع من الأصل.

ثانيهما: أن المحكمة الدستورية العليا هي التي تفصل دون غيرها، وفقاً لنصوص المواد ٢٥ [يند ثانياً] و ٣١ و ٣٢ من قانونها فيما قد يثور من تنازع على الاختصاص بين أكثر من جهة قضائية، وكذلك فيما قد يقع من تعارض بين حكمين نهائين صادرين من جهتين قضائيتين مختلفتين.

وقد اطراد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنها تقوم بدور الحكم بين الجهتين القضائيتين المتنازعتين على الاختصاص، أو اللتين وقع التناقض بين أحكامهما النهائية.

(١) تنص المادة ١٧٤ من الدستور على أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية مدينة للقاهرة.

ولا يجوز مع كونها حكما، أن تكون طرفا في خصومة التنازع أو التناقض؛ بل يجب أن تتوفر لها حيديتها واستقلالها عند الفصل في هذه الخصومة، وألا تكون جزءا من هاتين الجهتين القضائيتين المتنازعتين كي تستقل عنهما بتشكيلها وضمائنها، بما يكتل تقيدهما معا بأحكامها ففى شأن هذا التناقض أو التنازع (١).

كذلك فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا بتعيين الجهة القضائية المختصة، مؤداة إسباغ الولاية من جديد على الجهة التي عينتها كي تتصل في الخصومة التي نحتها عن نظرها؛ غير مقيدة بحكمها السابق بعدم اختصاصها بالفصل فيها، ولو كان هذا الحكم قد صار نهائيا (٢). وفى ذلك تسليط لأحكام المحكمة الدستورية العليا على كل جهة قضائية غيرها.

ثالثاً: على أن المحكمة الدستورية العليا، وإن لم تكن جزءا من السلطة القضائية بمحاكمها المختلفة، إلا أنها تتصل في خصومة من طبيعة قضائية، سواء فى المسائل الدستورية التى تطرح عليها، أو فى خصومة التنازع أو التناقض، أو فى منازعة تنفيذ تتصل بها وفقا لنص المادة ٥٠ من قانونها.

رابعاً: أن المشرع وإن عهد إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالفصل فى خصومة التنازع أو التناقض، وكذلك فى خصومة التنفيذ على ما تنص عليه المواد ٣١ و ٣٢ و ٥٠ من قانونها. فضلا عن الفصل فى كل طلب يقدم إليها وفقا لنص المادة ٣٣ من هذا القانون لتفسير النصوص القانونية تفسيرا تشريعا؛ إلا ولايتها فى مجال الفصل فى المسائل الدستورية وفقا لنص المادتين ٢٧ و ٢٩ من ذلك القانون، تبلور أهم اختصاصاتها، ودائرة الضوء التي تحيط بها. ومن ثم حرص نص المادة ١٧٥ من الدستور، على تقريره بصورة صريحة لا خفاء منها، حتى تظل المحكمة الدستورية العليا فى مأمن من عدوان السلطة التشريعية على ولايتها ففى أكثر مجالاتها أهمية.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣ - ص ٤٠٦ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها، وكذلك "دستورية عليا" القضية رقم ٨ لسنة ١٣ قضائية تنازع" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥ - ص ٥٠٧ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٣ لسنة ١٣ قضائية تنازع" - جلسة ٢٠/٣/١٩٩٢ - قاعدة رقم ٧/١٢ ص ٥٦٥ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

خامساً: أن الدستور وإن اقتص المحكمة الدستورية العليا وأقردها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، إلا أن توليها لهذا الاختصاص لا يكون إلا على الوجه المبين في القانون.

وقد أقر البرلمان -بعد ثمانى سنين على صدور الدستور- قانون المحكمة الدستورية العليا مفصلاً به كيفية اتصال الخصومة الدستورية بها، والقواعد الإجرائية الخاصة بتحضيرها والفصل فيها. ومضيفاً إلى اختصاصها بالفصل في دستورية النصوص القانونية، اختصاصين آخرين يتطرق أحدهما بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، وثانيهما بالفصل في تنازع الاختصاص بين جهتين قضائيتين مستقلتين، وكذلك فيما يقع من تناقض بين حكمين نهائيين صادرين عن هاتين الجهتين.

### المبحث التاسع

#### تقييم دور كل من المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا

١٤٩- ويلاحظ أن المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا، وإن تعاقبتا على مباشرة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، إلا أن ثانيتهما كان دورها أكثر فاعلية، وجرائها أكثر ثوبًا.

فلم يكن موقفها من هذه الرقابة متوانيا، أو قلنا على الحلول التوفيقية، بل تدفقا عريضا يقيم للشرعية الدستورية بنيانها الحق في إطار نظرية علمية لا تخطئها العين، أو تزوغ عنها الأبصار، بل تتكامل ملامحها بما يحول دون اختراقها.

ولم يكن صحيحا بالتالي ما تصوره البعض من أن إنشاء المحكمة الدستورية العليا، كان وليد رغبة عميقة تتوخى ضمان حقوق الفرد وحريته.

وربما كان نقوض ذلك صحيحا بعد أن توقع كثيرون أن تتعثر خطاها، وأن ترسخ في النهاية لضغوط عليها متفاوتة في درجتها، شأنها في ذلك شأن قضاء المحكمة العليا الذين كانوا يعينون لفترة زمنية موقوتة. ولأن تكون المحكمة الدستورية العليا بالتالي غير مجرد واجهة ديموقراطية زائفة ليس لها من القوة أسبابها، خاصة وأن الفترة الناصرية التي عايشتها المحكمة العليا لا تزال لها ظلالها، ولم تندثر بعد توجهاتها، ولا القيم التي انتظمتها عقيدة لها بما يؤذن ببقاء المحكمة للدستورية العليا لسيرة لها، ولو بخير وعى منها، وبما يجعلها في النهاية مجرد ظلال سوداء تطبعها بقاتماتها.

غير أن الذين تصورا مصيرا شأنها للمحكمة الدستورية العليا، فاتهم أن المحاكم الدستورية في بلدان عديدة، حتى تلك التي تم ميلادها من أرواح النظم الشمولية أو ديكتاتورية القوة، كان إيمانها عميقا بضرورة أن تتحرر في ممارستها لوظيفتها القضائية، من أغلال السلطة التي خلقتها أو أسستها. فلا تكون صوتا لها، ولا تخطط بأنفسها، بل تستقل عنها بما ينفي تشبيهاها بالأجرام السماوية التي لا تغير من مدارها.

وإنما يكون لكل محكمة دستورية -ولو بصورة بطيئة ومتكرجة- نقطة انطلاق جوهرية تتمثل في بنيتها وضرورة تطويرها؛ وفي وجوب إخضاع المهام التي تقوم عليها للنظرة والقيمة يبلورها قضائها الذين لا يكرسون مفاهيم بالية لنصوص قانونية معينة تقيد للنظم الشمولية معابدها، ولصور

الطغيان أسبابها. وإنما هي آمال المواطنين وطموحاتهم يتخونها مدخل لرقابتهم على دستورية النصوص القانونية لضمان حقوقهم وحررياتهم التي كفلها الدستور.

وينبغي ألا يخين عن أبال أن المحكمة العليا كانت تعمل في أجواء خائفة، وكانت ولاية قضاتها محدود زمنها. ولكن ذلك لم يثنها عن أن تصدر أحكاماً رائدة في مجال الرقابة على دستورية القوانين، خاصة وأن أحكامها هذه كانت في المسين الأولى لمباشرة هذه الرقابة بصورة عملية. ولقضاتها كل التقدير لكل جهد بذلوه، والتوفير لعلمهم وخبراتهم.

### المبحث العاشر

#### موقع المحكمة الدستورية العليا من النظامين الأوربي والأمريكي

##### الرقابة على دستورية القوانين

١٥٠- على امتداد قرون عديدة، لم تكن حقوق الإنسان وحرياته غير أفكار صاغتها وثائق إعلان الحقوق، إلا أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، نقلتها إلى تطبيقاتها العملية بما يوفقها والأوضاع المتغيرة في الجماعة يوماً بعد يوم، فلا تكون حركتها في إطارها، إلا تعبيراً عن إيمان المواطنين بضرورتها، ويقتضهم في مجال الدفاع عنها.

وفي مجال مركزية الرقابة القضائية على الدستورية أو توزيعها، يقع التمييز بين النظامين الأمريكي والأوربي.

فعلى ضوء النموذج الأمريكي، لا تكون الرقابة على الدستورية منحصرة في محكمة واحدة، ولكنها تتوزع بين المحاكم جميعها، كي تفصل كلا منها في مسائلها، التي تراجعها فيها المحكمة العليا الفيدرالية<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك النموذج الأوربي الذي يجعل الرقابة القضائية على الدستورية منحصرة في محكمة خاصة يتم إنشاؤها لهذا الغرض، على أن تكون لها سماتها الخاصة التي تتفرد بها، والتي تفصلها عن غيرها من المحاكم.

وقد ساد هذا النموذج في كثير من الدول في بداية القرن العشرين، وعلى الأخص بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، كالمحكمة للنمساوية والإيطالية والألمانية والمجلس الدستوري الفرنسي<sup>(٢)</sup>.

(١) ظهر النموذج الأمريكي في بداية القرن التاسع عشر حيث تقرر بصفة رئيسية بالحكم الصادر في قضية:

Marbury v. Madison (1 Granch), 137 (1803).

(٢) المواد من ١٤٧ إلى ١٤٨ من القانون الدستوري للنمسا المعمول به في ١٢/١٠/١٩٤٥ والمواد من ١٣٤ إلى

١٣٧ من دستور إيطاليا في ٢٧/١٢/١٩٤٧ والمادة ٩٣ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية المعمول

به في ٢٣/٥/١٩٤٩، وفي فرنسا من خلال مجلسها الدستوري المنصوص عليه في دستور ٤/١٠/١٩٥٨.

وتزايد عدد هذه المحاكم بعد أن أنشأتها دول كثيرة في الجزء الثاني من القرن العشرين من بينها إسبانيا والبرتغال وبلجيكا<sup>(١)</sup>.

واستقراء هذين النموذجين، يدل على انحياز دول القانون العام إلى النموذج الأمريكي وعلى الأخص في كندا وأستراليا وجنوب أفريقيا والهند.

وتأخذ اليونان والدول الاسكندنافية بالرقابة اللامركزية بعد مزجها ببعض عناصر النموذج الأوربي.

ولا تزال هذه الرقابة غير مسلم بها في دول قليلة كهلندا والمملكة المتحدة ولوكسمبورج، وإن صح القول بأن الأهمية التي أعطتها الدول بوجه عام للرقابة القضائية على دستورية القوانين، هي التي نشرتها في دول أوروبا الشرقية كبلغاريا، والمجر، وبولندا، وجمهورية سلوفاكيا والجمهورية التشيكية.

ومع أن الرقابة على دستورية القوانين -حتى مع تبين الدول التي أنشأتها في تنظيماتها- غاية وحيدة تتمثل في تحقيق الشريعة للدستورية من خلال تنفيذ كل سلطة بالحدود التي رسمها الدستور لها، وصون حقوق المواطنين وحرياتهم، إلا أن لكل جهة رقابية قواعد لتشكيلها، وتوخا لولايتها، وطرائق وآلية إجرائية، ومسائل فنية للفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، فقد تكون رقابتها سابقة على صدور القانون، أو لاحقة لنفاذه.

وقد تكون رقابة مجردة تأخذ شكل الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، أو رقابة حية تبلورها خصومة دستورية يتطاحن أفرادها وتثير خلافاً حاداً بين مصالحهم. وقد تكون الحقوق التي يكفلها الدستور لجهة الرقابة في بعض الدول أكثر سخاء من الحقوق المقررة في غيرها.

وقد زلوج النظام في مصر بين النموذجين الأوربي والأمريكي، وذلك بتركيزه الرقابة على الدستورية في يد جهة واحدة أنشأها الدستور بصفة خاصة لهذا الغرض -تأسساً بالنموذج الأوربي-

(١) المواد من ١٥٩-١٦٥ من الدستور الإسباني الصادر في ١٩٧٨/١٢/٢٩، أما في البرتغال، فقد أنشئت محكمة الدستورية بمقتضى القانون الدستوري رقم ١ لعام ١٩٨٢ المعمول به في ١٩٨٢/٩/٣٠. وفي بلجيكا أنشئت -بها محكمة التحكيم بمقتضى تعديل دستوري تم في ١٩٨٠/٧/٢٩. ولم تعط لها سلطة انفصل في الحقوق الأساسية للمواطنين إلا بمقتضى التعديل الدستوري الصادر في ١٥ يوليو ١٩٨٨.

هي المحكمة الدستورية العليا التي تفصل في المسائل الدستورية وفق الأوضاع المنصوص عليها في المادتين ٢٧ و ٢٩ من قانونها، والتي يندرج تحتها الطعن في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور -بعد العمل بها A Posteriori- عن طريق نفع يثار أمام محكمة الموضوع. وذلك استهداء بالنموذج الأمريكي.

وينبغي أن يلاحظ أن دستور مصر لعام ١٩٧١، وإن كان حديثاً، إلا أنه ضم بين دفتيه ثراء التجربة المصرية وتناقضاتها. وأية ذلك للتركيز على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والمفاهيم الاشتراكية من جهة، مع إلاء الاعتبار بقدر لكل الحقوق المدنية والسياسية، من جهة ثانية؛ وتأمين الحماية القانونية المتكافئة طوراً، مع تقرير حصة للعمال والفلاحين في المجالس النيابية لا تقل عن ٥٠% من مقاعدها طوراً آخر؛ وضمان حرية للتعبير من جهة، واشتراط أن يكون النقد بناء من جهة أخرى؛ وتوكيد حق التقاضي للناس جميعاً، مع تخويل المواطنين دون غيرهم حق اللجوء إلى القاضي الطبيعي؛ والنص في الدستور على المحاكمة القانونية للمتهم التي يحدد المشرع إطارها؛ بدلاً من المحاكمة للمنصفة التي يرسم الدستور ضوابطها؛ وتقرير العدالة الاجتماعية كقاعدة تحكم النظام الضريبي في الدولة، وعدم تطبيق مفهومها بالنسبة إلى غير الضريبة من الأعباء العامة، مما جعل الدستور بعيداً في بعض زواياه، عن أن يكون متجانساً في الأصول التي يقوم عليها<sup>(١)</sup>.

(١) Nathalie BERNARD-MAUGIRON, THESE DE DOCTORAT EN DROIT "LA HAUTE COUR CONSTITUTIONNELLE EGYPTIENNE ET LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX", le 5 juillet 1999, p.11

### الفصل العاشر

### الرقابة القضائية على الدستورية وصيغتها بفروع القانون

#### المبحث الأول

#### الرقابة القضائية على الدستورية تتناول فروع القانون جميعها، والنصوص القانونية كلفة

١٥١- تحيط الرقابة القضائية على الدستورية بفروع القانون جميعها، سواء في أصول المسائل التي تنظمها، أو في أجزائها وتفصيلاتها.

كذلك تتناول هذه الرقابة للنصوص القانونية التي أقرها المشرع أو التي أصدرها، ليس فقط من جهة الحقوق التي أخل بها صراحة، ولكنها تنمع كذلك لتلك التي أهدرها ضمنا، سواء قصد المشروع إلى مخالفة الدستور، أم كان الخروج على أحكامه قد وقع عرضا (١).

والرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تقيم لفروع القانون جميعها أسسها وضوابط تطبيقها، سواء تعلق الأمر بالقانون الخاص أو القانون العام.

وهي بذلك تنمع لكل المسائل التي تناولها المشرع بالتنظيم، أيا كان موضوعها: فلا يظهر القانون في صورته النهائية، غير مجرد تعبير عن المفاهيم التي أخذتها جهة الرقابة على بنيانه، ليظل محكوما بهاء، دائرا في فلكها لا يريم عليها.

ولئن صح القول بأن الأصل في السلطة التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتعتبر تخوما لها لا يجوز تعطيلها؛ وكان الدستور لا يكل للحقوق ضماناتها إلا بقصد تأكيد فعاليتها، ويحظر كل عنوان على مجالاتها الحيوية التي يرتبط وجودها بها (٢)؛ وكان لا يجوز أن تختلط الوظيفة القضائية بالوظيفة التشريعية، بل ينبغي أن تكون للسلطة التشريعية إرادتها سواء في منطقة اختصاصاتها التقديرية، أو

(١) "دستورية عليا" -ال قضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ -قاعدة رقم ١٧ ص ٢٩٩ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" -ال قضية رقم ١٢٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٣/٧٤ ص ١٠٦٧.

الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢٧ لسنة ١٨ ق دستورية -جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٣/٨٣ ص ١١٥٦ من الجزء الثامن.

فيما هو مقيد من مظاهر ولايتها؛ وكان من شأن القيود التي فرضها الدستور عليها، إبطال كل قانون يصدر على خلافها؛ وكان من المقرر حتى في نطاق سلطتها التقديرية أن ترتبط دستورية النصوص القانونية التي تقرها -عقلاً- بما هو مشروع من أهدافها؛ وكان لا يجوز لجهة الرقابة أن تناقشها في مقاصد النصوص التي صاغتها؛ ولا أن تعارضها في حكمتها؛ ولا أن تتحل لها غير المعاني التي قارنتها؛ ولا أن توجهها إلى سياسية تشريعية تراها أفضل من غيرها؛ ولا أن تقترح عليها تنفيذها في وقت دون آخر؛ ولا أن تبصرها بأوضاع معينة لم تتركها؛ ولا أن تلزمها ببديل غير التي انتقستها السلطة التشريعية لتنظيم الحق أو الحرية؛ فقد صارت تعيد السلطة التشريعية بتخوم ولايتها، أصلاً ثابتاً في المراجعة القضائية لتصرفاتها<sup>(١)</sup>.

وفي هذه المنطقة، تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أكثر سلطاتها تأثيراً في مجتمعها، وأبعدها تحويراً لبنيانها، ولبلغها زجراً للسلطة التشريعية، وأقربها اتصالاً بضمآن سيادة الدستور في إطار دولة قانونية ينبغي أن تعطيه كل اهتمامها وتوقيرها.

وتبدو الآثار الواضحة والبعيدة لقضاء جهة الرقابة على الدستورية في فروع القانون المتصلة بالحرية الشخصية، وبحرمة الملكية الخاصة؛ وبحرية التعاقد؛ وبحق الدفاع؛ وبحق اللجوء إلى القاضي الطبيعي؛ وبضمان استقلال القضاء وحيثه لصون حقوق الأفراد وحياتهم جميعها؛ وبنطاق الأعباء المالية التي يجوز فرضها على المواطن؛ وبقوانين أحوالهم للشخصية وغيرها.

ذلك أن الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية، تتناول هذه النصوص في كافة مواضعها، وأياً كان موضوعها.

وكان على المحكمة الدستورية العليا أن نخوض في فروع القانون المختلفة بقدر تعلقها بالمسائل الدستورية المثارة في الخصومة المطروحة عليها. ولم تنحصر رقابتها بالتالي في فرع دون آخر من فروع القانون، ولكنها وسعتها جميعها انتقالاً برقابتها من النصوص الجنائية إلى النصوص المالية؛ وإلى الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية في نطاق اختصاصاتها التشريعية الأصلية والاستثنائية؛ وإلى الحقوق التي كفلتها قواعد القانون الدولي؛ وإلى أدواته في تنظيم العلاقات بين أسرة

(١) "دستورية عليا" -للضبية رقم ٣ لسنة ١٦ ق "دستورية" -جملة ٤ فبراير ١٩٩٥- لقاعدة رقم ٣٦ -ض ٢٩٥ من الجزء السادس؛ والقضائية رقم ٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جملة ٢٧/٣/١٩٩٧- قاعدة رقم ٥/٢٣ -ض ٥٢٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

الأمم كالمعاهدات الدولية؛ وإلى ضوابط التعيين والاختيار في الوظيفة العلمية؛ وإلى غير ذلك من المسائل التي تثيرها النصوص القانونية كالحق في العمل، وفي الملكية، وغيرها من الحقوق التي تنفرد عن إرادة الاختيار. فلا تكون الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على النصوص القانونية المطعون عليها، غير رقابة شاملة تتناولها في كافة مواقعها، وبخض النظر عن تعلقها بهذا الفرع أو ذلك من فروع القانون.

### المبحث الثاني

#### الرقابة القضائية على الدستورية في مجال القانون الجنائي الموضوعي

### المطلب الأول

#### المنظور العام للقانون الجنائي الموضوعي

١٥٢- يتصل تطبيق القانون الجنائي بالحرية للشخصية التي لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها.

ذلك إن الحرية الشخصية وثيقة الصلة بالحق في الحياة. وكل قيد على هذه الحرية يتخذ شكل الجزاء الجنائي، يتمخض عقاباً مقتضياً إخضاع هذا الجزاء لأكثر صور الرقابة القضائية على الدستورية حدة.

ذلك إن النصوص الجنائية -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- تحكمها مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها، ومعايير منزمنة تلتم مع طبيعتها بالنظر إلى أن هذه النصوص هي التي تنشئ الجرائم وتقرر عقوباتها.

وإذا ساغ القول بأن ضمان الحرية الشخصية لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها، على تقدير أن ما توخاه الدستور بصونها، هو مباشرتها دون قيود جائزة تقال منها، وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها؛ وكان القانون الجنائي، وإن اتفق مع غيره من القوانين في سعيها لتنظيم علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض، أو فيما بينهم وبين مجتمعهم، إلا أن هذا القانون يفارقها في اتخاذ العقوبة أداة لتقويم ما لا يجوز التسامح فيه اجتماعياً من مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون القبول بها متوقفاً من منظور اجتماعي.

ولا يجوز بالتالي أن يجرم المشرع غير الأفعال التي تربطها علاقة منطقية بأضرار اجتماعية لها من وضوح ملامحها ما يكتل تعيينها وتوكيدها *Identifiable and ascertainable judicial harm*.

وشرط ذلك أن يكون الجزاء الجنائي، ملبياً لضرورة أن يتهياً للمذنبون لحياة أفضل، مستلثماً لأوضاع الجناة وخصائص جرمهم وظروفها، نائلاً بعقابهم عن أن يكون وقعاً بين الإقراط أو التفريط، منتهياً إلى الحدس على الجريمة لوتهه، أو مغالياً في ردع مرتكبها بالنظر إلى شدته.

ويعتبر من ثم، أن يحيط الجزء الجنائي بهذه العوامل جميعها، وأن يصاغ على ضوءها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره Single valued approach.

وكما استقام الجزء الجنائي على قواعد يكون بها ملائمة، ومبرراً من منظور اجتماعي؛ فإن إحلال جهة الرقابة على الدستورية لخياراتها محل المشرع في شأن تقرير جزاء، أو تحديد مدها، لا يكون جائزاً دستورياً<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### غموض النصوص الجنائية وتفسيرها

١٥٣- لعل أكثر ما يهدد الحرية للشخصية، أن يكون النص العقابي مجهلاً بمعناه، أو منقلاً بمدها.

ذلك إن غموض النص العقابي مؤداه أن يجهل المشرع بالأفعال التي أشمها، فلا يكون تحديدها قاطعاً أو فهمها مستقيماً، بل متبهماً خالفياً.

ومن ثم يلتبس معناها على أوساط الناس الذين لا يتميزون بعلوم مدرّكهم ولا يتسمون بانحذارها. إنما يكونون بين ذلك قواماً.

فلا يتقون من النصوص العقابية على دلالتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حسمهم طريقاً إلى التخيُّط في شأن صحيح مضمونها ومرادها، بعد أن أهمل المشرع في ضبطها بما يحدد مقاصدها، بصورة ينحصر بها كل جدل حول حقيقتها.

مما يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبان فيها، فلا تقدم للمخاطبين بها إخطاراً معقولاً Fair notice بما ينبغي عليهم أن يدعوه أو يلتزمه من الأفعال التي نهام المشرع عنها أو طلبها منهم.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٦٥/٤٧ - ص ٧٢٤ و ٧٢٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. أنظر كذلك - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢٣، ٢٢/٨ - ص ١٥٤ و ١٥٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. فضلاً عن القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ ق "دستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢٢/١٥ - ص ٢٧٧ - الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وليس جائزاً بالتالى أن يكون تطبيق تلك النصوص من قبل القائمين على تنفيذها، عملاً انتقائياً كاشفاً عن أهوائهم ونزواتهم للشخصية، وميلوا بالتالى خياراتهم التى يتصيدون بها من يريدون، فلا تكون غير شرآ لا يأمن أحد معها مصيراً، وليس لأهم بها نذيراً.

كذلك، فإن النصوص العقابية فضلاً عن غموضها، قد تنتم بتميعها من خلال اتساعها وانفلاتها، فلا تنحصر دائرة تطبيقها فى تلك الأفعال التى يجوز تأنيبها وفقاً للدستور، بل تجاوزها إلى أفعال رخص للدستور بها، أو كفل صونها بما يحول دون اشتغال التجريم عليها.

وهو ما يعنى إفرطها فى التأنيب، فلا يكون تسجيها إلا ثوباً بغض عنها، ولا يلتزم وصحح بنيانها Broad and fluid determination (١).

ولا يجوز بالتالى أن تكون النصوص العقابية، شباكاً أو شركاً يلقى المشرع متصيداً باتساعها، أو بغفاتها، من يعون تحتها أو يخطئون مولقها، إذ لو جاز ذلك لكان بيد السلطة القضائية أن تصنفهم بنفسها -جميعهم متهمون محتالين- وأن تقرر من يجوز احتجازه من بينهم، فلا يكون غموض القوانين الجنائية وفراطتها، غير مدخل إلى إهدار حقوق كفلها الدستور، كذلك التى تتعلق بحرية التعبير، وبالحق فى تكامل الشخصية، وفى التنقل، وفى أن يؤمن كل فرد ضد القبض أو الاعتقال غير المشروع (٢).

وكما لزم المشرع أفعالا بذواتها حال وقوعها فى مكان معين، فإن تعيين حدود هذا المكان بما ينفي التجهيل به، يعتبر شرطاً أولياً لصون الحرية للشخصية (٣).

وصار لازماً أن يكون النص العقابى حاداً قاطعاً، لا يؤذن بتداخل معانيه أو تشابكها كى لا تنداح دائرة التجريم، بما يخل بالأسس التى تقوم عليها الحرية المنظمة Ordered liberty التى يخلل ضمانها من خلال قوانين جنائية تنقثر إلى الحد الأدنى من المعايير اللازمة لضبطها.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٧ -ص ٧١٣ - ٧١٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. راجع كذلك القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ "مستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ - للقاعدة رقم ١٧/١ - ص ١٦٦ - ١٦٨ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٥/٢٨ - ص ٣٦٣ - ٣٦٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) للحكم السابق -قاعدة رقم ٤/٢٨ - ص ٣٦٣ من الجزء السادس.

فضلا عن أن المواطنين الذين اختلط عليهم نطاق التجريم، يتعدون عادة -حظر العقوبة وتوقيفها لها- عن مباشرة الأفعال التي دخلتهم شبهة تأنيبها، وإن كان القانون بمعناه العام يسوغها.

كذلك فإن غموض النصوص العقابية وتميعها، يعوق محكمة الموضوع عن أعمال قواعد صارمة جازمة تحدد لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا لبس فيه.

وهي قواعد لا ترحض فيها، وتمثل إطارا لعملها لا يجوز اقتحام حدوده، خاصة وأن الدستور لم يلزم السلطة التشريعية بأنماط بذواتها تفرغ فيها الأفعال التي تؤثمها، وإن كلفها بأن تعمل من أجل ضبط النصوص القانونية التي تحدد هذه الأفعال، بما لا يخل بالحدود الضيقة لنواحيها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### ضوابط دستورية العقوبة

١٥٤- دل الدستور بنص المادة ٦٦ التي تنص بالآ جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، على أن السلطة التشريعية هي التي تتولى أصلا بنفسها ومن خلال قانون بمعنى الكلمة- تحديد الجرائم وبيان عقوباتها.

وليس لها بالتالي أن تتخطى كلية للسلطة التنفيذية عن ولايتها هذه، أو عن جوانبها الأكثر أهمية؛ وإن كان يكتفيها وفقا لنص المادة ٦٦ من الدستور، أن تحدد إطارا عاما لشروط التجريم، وما يقارنها من جزاء؛ لتفصل السلطة التنفيذية بعض جوانبها، بما يجعل تدخلها في المجال العقابي وفق الشروط والأوضاع التي حددها القانون.

فلا بدور التجريم إلا مع النصوص القانونية التي تنتم بمبوميبتها وانتفاء شخصيتها La Portée générale et impersonnelle.

(١) "دستورية عليا"- القضائية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "دستورية"- جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٣/١٧ - ص ١٦٧ - ١٦٨ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

ولا يعنى ذلك أن السلطة التنفيذية مجالا محجوزا تنفرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم، فلا زال دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ومحدداً على ضوء قوانينها، فلا تتولا بمبادرة منها لا سند لها من قانون قائم (١).

ومن المقرر كذلك، أن وحدة التنظيم القانوني للجرائم التى ارتبط بها الجزء الجنائي، لا ينال منها مريان هذا التنظيم فى شأن أشخاص يختلفون فيما بينهم بالنظر إلى مضمون التزاماتهم التى عاقبهم المشرع على الإخلال بها عقاباً جنائياً. إذ لا يعدو ذلك أن يكون تقريراً لجزاء جنائي فى شأن وقائع متخالفة. وليس من شأن تبينها أن يكون تحديد الجرائم وعقوباتها قد انتقل من المشرع إلى أيديهم (٢).

ولأن فكرة الجزء -مدينياً كان لم جنائياً- مفادها أن خطأ معيناً لا يجوز تجاوزه، فقد صار محققاً أن كل جزء جنائي لا يفترض، ولا عقوبة بخير نص يفرضها.

ويتحقق ذلك فى المجال الجنائي من خلال النصوص العقابية التى تتحدد على ضوءها الأفعال التى أنماها المشرع بصورة جلية قاطعة.

بما مؤداه ضرورة بيانها بما يكفل تعيين عناصرها تعريفاً بها، فلا يجوز قياس غيرها من الأفعال عليها، ولو كان مضمونها فجاً عابثاً، أو كان وفور الأفعال المقيسة، يثير اضطراباً عميقاً.

ومن ثم تكون شرعية النصوص الجنائية، مقيدة لنطاق تطبيقها بما لا يلبسها بخيرها، وبمراعاة أن العقوبة التى تقارن هذه النصوص، لا تعتبر نتيجة لازمة للجريمة التى تتصل بها، بل جزءاً منها يتكامل معها ويتمها (٣).

والأصل فى العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التخلل بها إلا بقدر، نأيا بها عن أن تكون إيلاماً غير مبرر، يؤكد صحتها فى غير ضرورة.

(١) "مستورية عليا" للقضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٧ - ص ٧٢٢-٧٢٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) للحكم السابق ص ٧٢٤ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية" - القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٦/٢/٣ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٤١٨ - ٤١٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ولم يعد جائزاً بالتالى، أن يكون مضمون الجزاء الجنائى أو مداه، أو كيفية تنفيذه، دالاً على مجافاته للقيم التى ارتضتها الأمم المتحضرة، ولتى تؤكد رقى حصها، وتكون علامة على نضجها على طريق تطورها.

خاصة وأن العمل فى الدول الديمقراطية جميعها، قد دل على تسليمها بالحقوق -التي تعتبر بالنظر إلى مكوناتها وخصائصها- وثيقة الصلة بالحرية الشخصية؛ ولتى لا يجوز معها أن تكون العقوبة مقدرة للحرية للشخصية بغير الوسائل القانونية السلمية. وهى تكون كذلك بقسوتها أو امتيازها للكرامة الإنسانية.

ذلك أن انحطاط أو فحش الجزاء، مؤداه خروجه بصورة واضحة على الحدود التى يكون معها موافقاً للأفعال التى أئتمها المشرع، بما يصلح للتقدير الخلقى لأوساط الناس فيما يكون فى مفهومهم -وعلى ضوء القيم التى توارثوها، والعقائد التى لا يتحولون عنها- حقاً وصدقاً (١).

\* كذلك فإن الأصل فى العقوبة هو تفريدها لا تعميمها، ذلك إن الجرائم لا تتحد فى خطورتها، ولا يعتبر المتهمون نظراء بعضهم لبعض سواء فى نوع جرائمهم أو دولتها، أو خلقيتها.

وهم كذلك لا يتجانسون فى خصائص تكوينهم؛ ولا فى قدر ذكائهم، ولا فى نوع تعليمهم؛ ولا فى درجة نزوعهم إلى الإجرام، وترتددها بين اينها واعتدالها؛ وغلوها، وإسفلها.

والاستثناء من قاعدة تفريد العقوبة أياً كان غرضه، مؤداه أن المذنبين تجمعهم صورة واحدة يصوبون فى قالبها، وأنهم يتوافقون فى ظروفهم وألماط ملوكهم، وأن وحدة جرائمهم تقتضى وحدة عقوبتهم. وهو ما يعنى إيقاع جزاء فى غير ضرورة، بما يفقد العقوبة فى مجال توقيعها، تناسبها مع وزن الجريمة وخطورتها، وبما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض.

وإذ تبطل المحكمة الدستورية العليا العقوبة التى فرضها المشرع بالنظر إلى انعدام تناسبها مع الجريمة التى تقارنها، فإنها تتال من ذلك التقدير التشريعى للعقوبة.

وكذلك الأمر إذا حظر المشرع وقف تنفيذ العقوبة المقررة للجريمة. ذلك أن إبطال المحكمة الدستورية العليا لهذا الخطر -وهو تقدير تشريعى- مؤداه أن تستعيد محكمة الموضوع سلطتها فى

(١) الحكم السابق من ٤١٩ - ٤٥٠ من الجزء السابع.

تفريد العقوبة. فلا تنزلها بنصها على الواقعة الإجرامية بافتراض ملائمتها لها فسي كل أحوالها ومتغيراتها. ولكنها تزن وطأة العقوبة، بنوع الجريمة وظروفها وشخص مرتكبها، ضمناً من جانبها لمعقولة للعقوبة وإنسانيته.

يؤيد هذا النظر، أن تنفيذ العقوبة -وليس مجرد نوعها أو مدتها- هو الذي يحقق الإسلام المقصود بها، لبتها بتطبيقها -بالصورة التي صلبها المشرع فيها- خطر اتصال المحكوم عليها، بمذنبين آخرين ربما كانوا ألدح أجراما.

وليس ذلك من السياسة الجنائية في شيء. وهو كذلك يناقض جوهر الوظيفة القضائية، وقوامها أن يستظهر القاضي دور كل متهم في الجريمة، ونواياه التي قارنتها، وخياراته بشأنها، وما نجم عنها من ضرر، وبما يوائم بين الصيغة التي أفرغ المشرع العقوبة فيها، وملاءمة تطبيقها في شأن جريمة بذلتها جبرا لاثارها من منظور موضوعي ينطق بها وبمرتكبها (١).

فلا يكون تقدير القاضي للعقوبة التي يوقعها غير شرط يقتضيه المستوى بصفة أولية لضممان موضوعية تطبيقها.

A constitutional Prerequisite to the proportionate imposition of penalty.

كذلك نلور العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن الجريمة مفهوما للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، والتي لا يندرج تحتها رغبة الجماعة أو حرصها على إرواء تعطفها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم تكفيرا عن الجريمة التي ارتكبها وتكبيلاً به؛ وإن أمكن القول إجمالاً بأن ما يعتبر جزاء جنائياً، لا يجوز أن يقل في مده عما يكون لازماً لحصل

(١) دستورية عليا -القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٨ ق- دستورية- جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٣/١-٦-١٩٢٥ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

راجع كذلك دستورية عليا -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ١٤٠١٣، ١٢، ١١/٤٧ -ص- ٧١٦، ٧١٧ من الجزء الثامن؛ فضلاً عن القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق "دستورية" جلسة ٣ أغسطس ١٩٩٦/ قاعدة رقم ٧/٣ -ص- ١٠٠ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها؛ وكذلك القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ١ سبتمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٥٤ ص ٨٤٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

الفرد على أن ينتهج طريقاً سويلاً تكون الجريمة مدخلاً إليه، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها (١).

وفي هذا الإطار يتعين التمييز بين نوعين من الردع:

أحدهما ردع عام، ويتمثل في العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن الجرائم التي تتسبب فيها، متكرراً بوطأة عقوبتها على ضوء خطورة كل جريمة، ليحمل من خلال عبثها، جناة محتملين على الإعراض عنها.

وثانيهما ردع خاص يتحقق في شأن جريمة ارتكباها شخص معين ليحدد القاضي نطاق مسؤوليته عنها، وقدّر العقوبة التي تناسبها، كرد فعل لها.

ويتصل الردع الخاص بالتالي بأفعال تم ارتكابها وتقوم بها خطورة فعلية -لا محتملة- ليقرر القاضي عقوبتها بصورة منطقية تربطها بالجريمة وبمرتبتها، فلا يتم توقيعها جزافاً أو بصبورة نمطية، وإنما لتقابل عقوبة الجريمة حدود مسؤوليته عنها، ويقرها، بما يؤكد معقوليتها (٢).

\* ولا إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأهدافها، ينقض القيم التي تؤمن بها الأمم المتحضرة، ولا يكفي بالتالي أن يقرر المشرع لكل متهم حقوقاً قبل مطلّة الاتهام تولّزها وتردها إلى حدود منطقية. وإنما يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولاً من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها، من بينها حق المتهم في الحصول على مشورة محام، والحق في مواجهة الأدلة التي تقدمها النيابة العامة إثباتاً للجريمة ودحضها، وكذلك مولجته لشهودها، واستدعاء لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه (٣).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٦/٨/٣ -قاعدة رقم ٤٣/٣، ص ٧٠ و ٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق -ص ٧١، ٧٢ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٩/٨ -ص ١٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها ونظر كذلك "مستورية عليا" للقضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٢١/١٥ -ص ٢٧٦-٢٧٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

كذلك "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٩/٤٨ -ص ٧٤٥ من الجزء السابع.

\* كذلك يقتضى ضمان الحرية للشخصية، ألا يؤاخذ بجريرة الجريمة غير جناتها، ولا ينال عقابها إلا من أتاها، ضماناً لشخصية العقوبة التى لا يجوز توقيعها فى شأن شخص لا يعد مسئولاً عن الجريمة، سواء بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

\* وينبغى دوماً أن تتوازن العقوبة التى فرضها المشرع فى شأن الأفعال التى أتمها مع خصائص هذه الأفعال ودرجة خطورتها. فإذا أخذت تناسبها معها، صار فرضها من المشرع، وتوقيعها من القاضى، مخالفاً للدستور (١).

\* لا تنقد النصوص العقابية خصائصها كنصوص قانونية أوردتها المشرع فى مجال التجريم، ولو كان عوارها دالاً على إنبهاها. إذ يقتصر أثر هذا العوار على إبطالها لانتفاء وضوحها وبقائها. وهما معنيان بالكرامتها ولا ينفكان عنها، حتى يكون المخاطبون بها واعين بحقيقتها، فلا تخفى عليهم الأفعال التى أتمها المشرع (٢).

\* ليس الجزء فى المسؤولية الجنائية - التى لا يحركها إلا ضرر عام اتصل بإتيان الأفعال التى أتمها المشرع - محض تعويض. بل ينط ليلاماً مقصوداً لردع جناتها، حتى يكون الوقوع فى الجريمة من جديد أقل احتمالاً.

ولا كذلك المسؤولية المدنية التى لا يقوم الخطأ فيها على إرادة إتيان الفعل والبصر بنتيجته أو توقعها. بل مناطها كل عمل غير مشروع يلحق بأحد من الأغيار ضرراً، سواء كان هذا العمل عمداً لم إهمالاً أو فعلاً بغير علم أو إهمال.

ومن ثم كان جزؤها التعويض الجابر لعناصر للضرر جميعها - مادية ومعنوية - وإن جاز النزول عن هذا التعويض باعتباره من الحقوق الشخصية، خلافاً للدعوى الجنائية التى لا يجوز النزول عنها أو التصالح عليها.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٥/١/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥٧ - ص ٨٥٨ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٧٧ - القاعدة رقم ٥٨ - ص ٧٦٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

وإن كان اجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية جائزاً، إذا كان الفعل الواحد ضاراً بالجماعة وبمصلحة الفرد في آن واحد، وكان تباعدهما كذلك متصوراً، إلا أن أظهر ما يمايز بينهما، أن افتراض الخطأ وإن جاز في المسؤولية المدنية بالنظر وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، وينبثقها (١).

\* لا يؤتم المشرع لفعالا بذواتها إلا من خلال العقوبة التي يفرضها جزاء على ارتكابها، مصيبا بعينها -ولو اتخذ شكل غرامة مالية- من يكون مسؤولاً عنها من الفاعلين والشركاء، كلما قدر أن وطأة هذه الغرامة تكفي لردع من يتحملون بها، أو تصرفهم عن الجريمة، فلا يقيمون عليها. وتلك أغراض تستهدفها القوانين الجنائية في عموم تطبيقاتها (٢).

\* ليس بشرط في الجزاء الجنائي -وأياً كان مدها- أن يكون معينا بصورة مباشرة، بل يكفي أن يكون هذا الجزاء قابلاً للتحديد. وهو ما يقع على الأخص كلما ربط النص العقابي بين الغرامة التي فرضها، وإعمال المخالفين لقوانين المباني تصحيح مخالفاتهم أو إزالتها، محددا مقدار هذه الغرامة بقدر المدة التي امتد إليها الإخلال بواجباتهم التي فرضتها تلك القوانين (٣).

\* لا يجوز إسباغ التشريعية الدستورية على نظم جنائية لا تتكافأ من خلالها وسائل النفع التي أنتجتها لكل من سلطة الاتهام ومتهمها، فلا تتعادل أسلحتهم بشأن إثباتها أو نفيها (٤).

\* كلما كان مضمون النصوص العقابية يحتمل أكثر من تفسير، نعين أن يرجح القاضي من بينها، ما يكون أكثر ضمانا للحرية الشخصية، في إطار علاقة منطقية يقيما بين هذه النصوص وإرادة المشرع، سواء في ذلك تلك التي أعلنها، أو التي يمكن افتراضها عقلاً (٥).

(١) الحكم السابق ص ٧٦٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) الحكم السابق ص ٧٦٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٧٧ - قاعدة رقم ٤٧ / ١٠ - ص ٧١٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٤) "مستورية عليا" -القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ ق. "مستورية" - جلسة ١٥/٣/١٩٧٧ - قاعدة رقم ٨/٣٠ - ص ٤٦٨ من الجزء الثامن.

(٥) "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق. "مستورية" - جلسة ٢٢/٢/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢٨ ص ٤٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

\* لا يكون الجزاء مخالفاً للمستور، كلما ارتبط عقلاً بأوضاع قدر المشرع ضرورة النزول عليها، وكان ناجماً عن الإخلال بها. كذلك لا يعتبر الجزاء جنائياً في غير دائرة الأفعال أو صعود الامتناع التي جرمها المشرع، من خلال عقوبة قرنها بإلتيانها أو تركها (١).

\* يكون الجزاء الجنائي مخالفاً للمستور، كلما اختل التعداد بصورة ظاهرة *La disproportion* manifeste بين مده وطبيعة الجريمة التي تعلق بها (٢).

\* لا يتعلق الجزاء الجنائي الواحد بغير الأفعال التي تتحد في خصائصها.

فإذا مزج المشرع بين أفعال غشبية التنافر في مضمونها وأثرها، وافترض بذلك تماثلها في مكوناتها، وتسويها فيما بينها فجمعها على صعيد واحد، وكان ذلك الدواء يصلحها ويرد عنها اسمقامها؛ فإن إزال جزاء واحد على هذه الأفعال المتنافرة خصائصها، يكون مخالفاً للدستور (٣).

\* يتحدد مضمون القاعدة القانونية التي تنمو في الدولة القانونية عليها، وتنقيد هي بها، على ضوء مستوياتها التي التزمها الدول الديمقراطية، واستقر العمل لديها على لنتهاجها في مظاهر سلوكها. ويندرج تحتها، تصعيد الجزاء -جنائياً أو مدنياً أو تأديبياً أو مالياً- بقدر خطورة الأفعال التي ارتبط بها (٤) *In ascending order* فلا يتسم الجزاء بالإقراط، ولا بالتفريط.

\* يتعين على الأخص في كل عقوبة، ألا تكون مجاوزة بقسوتها الحدود التي توازنها بالأفعال التي أتمها المشرع؛ ولا أن تكون منتهية إلى معاقبة للشخص أكثر من مرة عن فعل واحد.

(١) "مستورية عليا" - للقضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٢/١٠٠، ص ١٣٢٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥/٩/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥٧، ص ٨٦٨ - ٨٦٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) "مستورية عليا" - القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ٦ يوليو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٦٩ - ١٣٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٤) "مستورية عليا" - القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٢/٣/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٤٢٣ من الجزء السابع؛ "مستورية عليا" - القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ١٣٦٩ - ١٣٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ذلك أن الاتهام الجنائي لا يجوز أن يكون متلاحقاً، بما يقوض اطمئنان المتهم، ويجعله قلقاً مضطرباً، تهدده سلطة الاتهام بأسسها ونزواتها، تعد إليه بطشها حين تريد، كي تلحق به أضراراً من المعاناة يجهل مصيره، ولا يأمن معها أن تعيده من جديد لدائرة اتهامها (١).

\* لا يجوز أن يكون التحرش بالمتهم سياسة جنائية تؤمن عواقبها، أو تستند دولتها من نصوص الدستور.

إذ هي في حقيقتها عدوان على الحرية الشخصية التي كفلها، والتي ترقى بأمنيتها إلى حد إدراجها في إطار الحقوق الطبيعية الأسبق وجوداً من نشأة الدولة بكل تنظيماتها، حتى عند من يقولون بأن عقداً اجتماعياً قد انتظمها مع المقيمين فيها، وأنهم نزلوا لها بمقتضاه عن بعض حقوقهم، لتأمينها هي بما يحقق مصالحهم في مجموعها (٢).

\* يفترض تأثيم المشرع أو الدستور أفعالا بذواتها أو صورا من الامتناع يحددها، أن تتمتع سلوكا -إيجابيا كان أم سلبيا- فلا تكمن في أعماق النفس، ولا تكون مظلة بدخلاتها.

وإنما يكون ارتكابها أو الامتناع عن إثباتها معبراً عن إرادة عصيان نصوص عقابية أمره زجر بها المشرع المخاطبين بها.

ولا كذلك ما نقره السلطة التشريعية من نصوص قانونية في مجال التجريم، ولا ما يصدر من هذه النصوص عن السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها التي ناطها الدستور بها.

ذلك أن تلك النصوص لا تبلور عملا ماديا تظهر به الجريمة على مسرحها، ولكنها تحدد دائرة التجريم نطاقها، على ضوء الضرورة الاجتماعية التي تقدرها (٣).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ أقي "مستورية" جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ -قاعدة رقم ٢٢/١٨ -٢٣ ص ٣٢٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٧/٧/٥ -لقاعدة رقم ٧/٤٧ -٨ ص ٧١٤ -٧١٥ من الجزء الثامن؛ ص ١٥٣ من الجزء السابع -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ أقي - "مستورية" -جلسة ١٩٩٥/٨/٥ -قاعدة رقم ١٨/٨ -٢٠.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ أقي "مستورية" -جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ -قاعدة رقم ٦٤ -٩٣١ ص ٩٣٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

• لا يجوز أن يكون سريان النصوص العقابية رجعياً، بل مباشرة التحكم الأفعال التي تقع بعد العمل بالقانون الذي يجرمها(١).

#### المطلب الرابع :

#### في الجريمة العمدية وغير العمدية

١٥٥- مناط العلائق التي ينظمها القانون الجنائي في مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه الأفعال ذاتها، في علامتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية، إذ هي التي يتصور إثباتها ونفيها؛ وهي التي يتم التمييز على ضوءها بين الجرائم بعضها للبعض، وهي التي تسمى بغيرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتقييمها، وإيقاع العقوبة التي تلائمها(٢)؛ وهي التي تستخلص منها كذلك توافر القصد الجنائي أو تخلفه من خلال نظرها في عناصرها، وتلقيبها عما قصد إليه الجاني حقيقة من وراء ارتكابها.

ومن ثم تبلور عناصر هذه الأفعال لإرادة عقل واع لبصر نتائجها وحرص على تحقيقها.

ولا يتصور بالتالي وفقاً لأحكام الدستور أن توجد جريمة في غيبة ركنها المادي، ولا أن يقوم الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل للمؤتم، والنتائج التي أحدثتها، بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.

ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة للبشرية وليس للتوايا التي يضرها الإنسان في أعماق ذاته- تعتبر واقعة في منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكاً خارجياً مؤاخذاً عليه قانوناً.

فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها، وتم التعبير عنها خارجياً في صور مادية لا تخطئها العين، فليس ثمة جريمة(٣).

(١) مستورية عليا- القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية 'مستورية'- جلسة ١٩٩٧/٧/٢٢ -قاعدة رقم ٢٧ من ٤٢٧ من الجزء الثامن.

(٢) 'مستورية عليا'- القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية 'مستورية' جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ قاعدة رقم ٢ من ٥٩ من الجزء السابع من أحكامها.

(٣) الحكم السابق ص ٥٩.

١٥٦- والأصل في الجرائم، أنها تعكس تكويننا مركباً، باعتبار أن قولها تزامناً بين يد اتصال الإثم بعملها، وعقل واع خاطئها ليهيمن عليها محدداً خطاها، متوجهاً إلى النتيجة المترتبة على نشاطها، ليكون القصد الجنائي ركناً معنوياً في الجريمة (Mens Rea) مُكملاً لركنها المصادى (Actus Reus)، وممتلكاً مع الشخصية الفردية في ملاحها وتوجيهاتها.

وهذه الإرادة الواعية هي التي تتطلبها الأمم المتحدة في مواجهها في مجال التجريم بوصفها ركناً في الجريمة، وأصلاً ثابتاً كامناً في طبيعتها. ذلك أن حرية الإرادة تعنى حرية الاختيار بين الخير والشر. ولكل وجهة هو مؤلّها، لتتحل الجريمة -في معناها الحق- إلى علاقة ما بين العقوبة التي تفرضها الدولة بتشريعاتها، والإرادة التي تعمل فيها تلك النزعة الإجرامية التي يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها، بديلاً عن الانتقام والتأثر المحض من صاحبها.

وغداً أمراً ثابتاً -وكأصل عام- ألا يجرم الفعل ما لم يكن إرادياً قائماً على الاختيار الحر، ومن ثم مقصوداً.

ولئن جاز القول بأن تحديد مضمون تلك الإرادة ووقفاً على ماهيتها، لازال أمراً عسواً، إلا أن معناها -ربوصفها ركناً مادياً في الجريمة- ينور بوجه عام حول النوايا الإجرامية أو الجالحة felonious intent أو التوزيع الشريرة المدبرة malice aforethought أو تلك التي يكون الخداع fraudulent intent أو التي تتمحض عن علم بالتأثير، مقترناً بقصد اقتحام حدوده guilty knowledge، لتتل جميعها على إرادة إتيان فعل بغياً<sup>(١)</sup>.

على أن هذا الأصل -إن ظل محورياً للتجريم- إلا أن المشرع عمد أحياناً -من خلال بعض اللوائح - إلى تقرير جرائم عن أفعال لا يتصل بها قصد جنائي، باعتبار أنها لا تثل بذاتها على جنوح إلى الشر والعدوان، ولا يخلل بها قدر مرتكبها أو اعتباره، وإنما ضبطها المشرع تحديداً لمجرأها، وحداً من مخاطرها، وأخرجها بذلك عن مشروعيتها -وهي الأصل- وجعل عقوباتها متوازنة مع طبيعتها، فلا يكون أمرها غلواً من خلال تظليتها، بل هيئاً في الأعم.

وقد تصاعد هذا الاتجاه إثر الثورة للصناعية التي تزايد معها عدد العمال المعرضين لمخاطر أدائها وآلاتها ومصادر الطاقة التي تحركها. ولتقرن ذلك بتعدد وسلط النقل وتباين قوتها، ويتكس

(١) الحكم السابق من ٥٩ و ٦٠.

المدن ولزحام أحيائها، وبظية نواحي الإخلال بالصحة العامة وبوجه خاص من خلال الاتصال بالمواد الغذائية سواء عند إنتاجها أو توزيعها وتداولها أو بمراعاة نوعيتها.

وكان لازماً بالتالى -لمواجهة تلك المخاطر- أن يفرض المشرع على المسؤولين عن إدارة الصناعة أو التجارة وغيرهم قيوداً كثيرة غايتها أن ينتهج المخاطبون بها سلوكاً قويمًا يقتضيهما -بذلك العناية التى يتوقعها المشرع من أوساطهم، ليكون النكول عنها -يرفض للنظر عن نواياهم- دالاً على تراخي يفظلهم، ومستوجبا عقابهم.

غير أن تقرير هذا النوع من الجرائم فى ذلك المجال، ظل مرتبطاً بطبيعتها ونوعيتها، ومنحصراً فى الحدود الضيقة التى تقوم فيها علاقة مسئولية بين من يرتكبها، وبين خطر عام، لتكون أوثق اتصالاً برضاء المواطنين وصحتهم وسلامتهم فى مجموعهم *Public Welfare Offenses* وبإعمال من قارفها النوع الرعاية التى تتطلبها المشرع عند مباشرته لنشاط معين، أو بإعراضه عن القيام بعمل لئلا يلقاه عليه باعتباره واجباً، وبمراعاة أن ما توخاه المشرع من إنشائها هو الحد من مخاطر بذواتها بتقليل فرص وقوعها، وإثماء القدرة على السيطرة عليها، والتحوط لدرئها.

ولا يجوز بالتالى أن يكون إيقاع العقوبة المقررة لها، مطلقاً على النوايا المقصودة من الفعل، ولا على تبصر النتيجة الضارة التى أحدثها *foreseeability of resulting harm*

ذلك أن الخوض فى هذين الأمرين يعطل أغراض التجريم، ولأن المتهم -ولو لم يكن قد أراد للفعل- كان باستطاعته أن يتوقاه لو بذل جهداً معقولاً لا يزيد وفقاً للمقاييس الموضوعية عما يكون متوقفاً عقلاً من أوساط الناس *Ordinary reasonable man*. فإذا لم يبدل هذا الجهد، ونجم ضرر عن الفعل، صار مسئولاً عنه ولو وقع بصفة عرضية أو كمن مجاوزاً تقديره.

١٥٧- ولزام ما تقدم، أن الجرائم غير العمدية استثناء من الأصل فى جرائم القانون العام التى لا تكتمل مقوماتها إلا باعتبار أن القصد الجنائى ركن فيها، مقتضياً تدخلاً إيجابياً مقترناً بإرادة الواعية التى تعطى العمل دلالة الإجرامية. وبها يكون الحدوف فى الأعم واقعا على حقوق الأفراد أو حرياتهم أو ممتلكاتهم أو حياتهم أو آدابهم *public decency and morality* (١).

١٥٨- ويمثل القصد الجنائي أكثر العناصر تعقيدا في المجال الجنائي، باعتباره متصلا بالحالة الذهنية التي كان عليها الجاني حين أقدم مختارا على إتيان الفعل الموثم قانوناً. وهى حالة أدخل إلى العوامل الشخصية التي نكل على أن إتيان الجاني أفعالا بذواتها، كان بغرض تحقيق نتيجة إجرامية بعينها. ولا كذلك الجريمة غير العمدية التي تقوم على إهمال نوع من الرعاية كان ينبغي أن يلتزمها الجاني فيما أتاه، لتكون الجريمة عندئذ عائدة في بنائها إلى الخطأ، وجوهرها أعمال بخالطها سوء التقدير، أو ينقضى عنها الاحتراس والتبصر، أو تتمحض عن رعونة لا حذر فيها. ومن ثم أحاطها القانون الجنائي بالجزاء، محددا ضابطها بما كان ينبغي أن يكون سلوكا لأوساط الناس، يقوم على واجبهم في التزام قدر معقول من التحوط [Ordinary reasonable person's standard of care] لتمثل الجريمة غير العمدية انحرافا ظاهرا عن ذلك المقياس، يتحدد بقره، نوع الجزاء عنها، ومقداره

A deviation from and proportional to the level of established standards of reasonable care in conduct.

ومن ثم يكون الفارق بين عمدية الجريمة، وما دونها، دائرا أصلا بوجه عام- حول النتيجة الإجرامية التي أحدثتها، فكما أُرذاهما الجاني وقصد إليها، موجها جهده لتحقيقها، كانت الجريمة عمدية.

فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يتحوط لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية يتولى المشرع دون غيره عناصر الخطأ التي تكونتها.

وهي عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسئولاً عن نتائجها، إذا انفك اتصالها بالأفعال التي أتاها (١).

وما تقدم مؤداه، أن الجرائم غير العمدية يجمعها معيار عام يتمثل في انحرافها عما يعد عرفاً للقانون الجنائي- ملوكا معقولا لأوساط الناس؛ وأن صور الخطأ التي تقارنها، تنبأين فيما بينها، سواء في نوع المخاطر التي تتصل بالخطأ أو درجتها.

ويتعين بالتالي أن يتكفل المشرع ليحدد ما يكون من صور الخطأ مؤثما في تقديره، مع بيان عناصر الخطأ في كل جريمة غير عمدية قطعا لكل جنل حول ماهيتها، وحتى لا تحمل النصيبوص

(١) "مستورية عليا"-القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤/١٩- ٦٦- ص ٢٩٠ - ٢٩٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

العقابية المخاطبين بها بما لا يطيقون، ولا تؤاخذهم بما يجهلون، ولا تمد إليهم بأسها وقد كانوا غير مندرين، ولا أن تنهاهم عما ليس عليهم، وإلا كان التجريم خداعاً أو ختالاً، يناقض النظم العقابية جميعها التي تأبى أن تتحدر آدمية الإنسان إلى أدنى مستوياتها إذا ما أخذ بالظن والاحتمال.

وكما فرض النص للمطعون فيه عقوبة المخالفة كجزاء على الأفعال التي أنشأها، فإن ومن هذا الجزء، يدل على تعلقه بالأفعال لا بتعمدها مرتكبها، ليكون قوامها خطأ اتخذ من مفهوم الجريمة غير العمدية، إطاراً.

### المطلب الخامس

#### في رجعية القانون الأصلح للمتهم

١٥٩- كذلك فإن الأصل في النصوص العقابية هو أن يكون سريانها بأثر مباشر، فلا يكون تطبيقها رجعياً إعمالاً لقاعدة كفلتها الموثيق الدولية، وردتها المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية التي تقضى بأنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذي ينص عليها (١)، ولا نفاذ للقوانين الجنائية بالتالي فيما قبل وقت العمل بها، وإلا كان تطبيقها رجعياً.

ويتعين لذلك ألا تتعلق هذه القوانين بغير الأفعال التي ارتكبها جانيها بعد سريانها، ليكون نفاذ تلك القوانين سابقاً عليها La loi préalable.

على أن سريان القوانين الجنائية، على وقائع لتكمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان غير جائز أصلاً، إلا أن إطلاق هذه القاعدة يفقدها معناها.

ذلك أن الحرية الشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائي الأسوأ، إلا أن للقانون الجنائي الأكثر رفقا بالمتهم، يكفلها ويصونها.

(١) دستورية عليا القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ مارس ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٧/٣٠ - ص ٤٦٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ويتحقق ذلك إما بإنهاء تجريم أفعال أئمتها قانون جنائي سابق، أو عن طريق تعديل نكبتها، أو بتغيير بنين بعض عناصرها، بما يحو عقوباتها كلية أو يجعلها أقل وطأة؛ وبمراعاة أن غلو العقوبة أو هوانها، إنما يتحدد على ضوء مركز المتهم في مجال تطبيقها بالنسبة إليه<sup>(١)</sup>.

ومن ثم نكون أمام قاعدتين تجريان معا ويتكاملان:

أولاهما: أن مجال مريان القانون الجنائي ينحصر أصلا في الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلا يكون رجعا كلما كان أشد وقعا على المتهم.

ثانيتهما: وجوب تطبيق القانون اللاحق على وقائع كان يؤتمها قانون سابق، كلما كان تطبيق القانون الجديد في شأن المتهم، لكفل لحيته.

ذلك إن كل قانون جديد يحو عقوبة الأفعال التي أئمتها القانون القديم أو يخففها، إنما ينشئ للمتهم مركزا قانونا أفضل يقوض مركزا سابقا.

ومن ثم يحل القانون الجديد - وقد صار أكثر رفا بالمتهم، وأعون على صون الحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقا طبيعيا لا يس- محل القانون القديم، فلا يتدخلان أو يتداخلان، بل يكون أحدهما أولى بالتطبيق من أسبقهما.

وغدا لازما بالتالي - في مجال إعمال القوانين الجنائية الموضوعية الأكثر رفا بالمتهم - توكيد أن صون الحرية الشخصية من جهة وضرورة الدفاع عن مصالح الجماعة والتحوط لنظامها العام من جهة أخرى، مصلحتان متوازيتان، فلا تتهامان.

وصار أمرا مقضيا، وكلما كان التجريم المقرر بالقانون السابق، قد ارتبط بتدابير استثنائية قرر المشرع ضرورة اتخاذها خلال الفترة التي ظل فيها هذا القانون نافذا؛ وكان القانون اللاحق قيد دل على أن هذه التدابير الاستثنائية التي انبنى التجريم عليها، وخرج من صلبها، لم تعد لها من فائدة، فإن تطبيق هذا القانون يكون أكثر ضمانا للحرية الشخصية التي كفل الدستور صونها<sup>(٢)</sup>. فلا يكون إنفاذ

(١) للحكم السابق - قاعدة رقم ٩/٣٠، ١٠ - ص ٤٦٧، ٤٦٨ من الجزء الثامن.

(٢) للحكم السابق - قاعدة رقم ١٦/٣٠، ٢٠ ص ٤٧٢ و ٤٧٣ من الجزء الثامن.

القانون الجديد منذ صدوره، إلا تنبيهاً للنظام العام بما يحول دون انقراط عقده، بعد أن صassar هذا القانون أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحرياتهم.

وما تطبيق القانون الأصلح للمتهم إلا إعمالاً للسياسة العقابية الجديدة التي اختطتها السلطة التشريعية على ضوء فهمها للحقائق المتغيرة للضرورة الاجتماعية.

ويفترض إعمال السياسة، أن يكون القانونان السابق واللاحق اللذان نقارنهما ببعض لتجديد أصلحهما للمتهم، غير مخالفين للسنور، ومتزاحمين على محل واحد، ومتفاوتين في العقوبة المقررة بكل منهما، فلا نأخذ من صور الجزاء التي تتعامل على المحل الواحد، إلا تلك التي تكون في محتواها أو أوصافها أو سبلها Le contenu, les modalités et le quantum des peines أقل بأساً من غيرها.

والمبادئ المتقدم بيانها والتي رددتها الأمم المتحدة، هي التي كفلها في فرنسا مجلسها الدستوري وذلك فيما قرره من:

أولاً: كلما نص القانون الجنائي على عقوبة أثبتت من ذلك التي قررها القديم، نعين أن تعامل النصوص القانونية التي تنفي الحد عن أثر تطبيق القانون الجديد في شأن الجرائم التي تم ارتكابها قبل نفاذه، والتي لم يصدر فيها بعد حكم حائز لقوة الأمر المقضي، باعتبارها متضمنة إخلالاً جسيماً بالقاعدة التي صاغتها المادة ٨ من إعلان ١٩٧٩ في شأن حقوق الإنسان والمواطن، والتي لا يجوز للمشرع على ضوءها أن يقرر للأفعال التي يؤشعها، عبر العقوبة التي تنفيها ضرورة شديدة الحدة والوضوح La loi ne doit établir que des peines strictement et nécessairement nécessaires.

ذلك أن عدم تطبيق القانون الجديد على الجرائم التي ارتكبها جناتها في ظل القانون القديم، مؤداة أن ينطق للقاضي بالعقوبات ذاتها التي قررها هذا القانون، والتي لم يعد لها في تقدير السلطة التشريعية التي أحدثتها - من ضرورة (١).

ثانياً: أن تألثم المشرع لأفعال بذواتها، لا يفصل عن عقوباتها التي يشترط لتوقيعها أن تكون مشروعة في ذاتها، ودون ما إخلال بحقوق الدفاع التي نقارنها.

ولا تتعلق هذه الضوابط بالعقوبات التي توقعها السلطة القضائية فقط، ولكنها تمتد لكل جزاء ينتمى بخصائص العقوبة، ولو كان المشرع قد عهد بالنطق به إلى جهة غير قضائية<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: على جهة الرقابة على الدستورية - وإعمالاً منها لمبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها - أن تفصل في ملائمة العقوبة التي فرضها المشرع للأفعال التي أثنى عليها، باعتبارها شرطاً مبدئياً لتقرير دستوريته<sup>(٢)</sup>. فإذا اختل التوازن بصورة ظاهرة بين الجريمة وعقوبتها، صار الجزاء الجنائي مخالفاً للدستور<sup>(٣)</sup>.

رابعاً: أن النصوص الجنائية التي يتعين تطبيقها بأثر مباشر على الأفعال اللاحقة للعمل بها، هي تلك التي تكون عقوبتها أشد قسوة من تلك التي قررتها للنصوص القديمة<sup>(٤)</sup>.

خامساً: القول بعدم سريان القانون الأصلح على الجرائم التي تم ارتكابها في ظل القانون القديم، موداه تطبيق العقوبة المنصوص عليها في القانون القديم، والتي لم يعد لها من ضرورة فسي تدبير السلطة التشريعية ذاتها<sup>(٥)</sup>.

"Le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne, la loi pénale nouvelle plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires".

(١) C.C. 87 - 237 D.C., 30 decembre 1987, R.p. 63.

(٢) C.C. 86 - 215 D.C., 3 Sep. 1986, R.p.130 ; C.C. 87 - 237 D.C., 30 dec. 1987, R.p.63.

(٣) C.C. 87 - 237. D.C., 30 Sep. 1987, R.p.63.

ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي كان قد أصدر حكماً في ٢٠ يناير ١٩٩٤ أثنى قدر كبيراً من الجدل لأنه

قضى بأن عقوبة الثلاثين عاماً التي فرضها المشرع على قتل القصر الذين بلغوا خمسة عشر سنة والتي اقترن القتل بها أو كان مسبوقاً باغتصاب الضحية أو تخريبه أو مباشرة أعمال بربرية عليه، لا تنتمى بالمعالة، ولا تنافض ضرورة العقوبة لمواجهة هذه الأفعال.

C.C. 93 - 334 D.C., 20 Janvier 1994, R.p.27.

(٤) C.C. 82 - 125 D.C., 30 decembre 1982, R.p.88.

(٥) C.C. 80 - 127 D.C., 19 et 20 Janvier 1981, R.p.15.

### المبحث الثالث

#### الرقابة الدستورية في مجال القانون الجنائي الإجرائي

١٦٠- يبلور قانون الإجراءات الجنائية خصائص الدعوى الجنائية، ومن له الحق في رفعها ومباشرتها وقيود تحريكها (١) وتحقيقتها، وأحوال انقضائها، والقيام بأعمال التحقيق، وعلى الأخص ما يتعلق منها بالتلبس بالجريمة، وللقبض على المتهم ودخول المنازل وتفتيشها، وتفتيش الأشخاص وسماع الشهود والاستجواب والمواجهة، وانتهاء التحقيق والعودة إليه لظهور دلائل جديدة. فضلا عن طرق الطعن في الأحكام وأحكام تنفيذها.

وهذه القواعد جميعها -رغلا رغم من طبيعتها الإجرائية- تؤثر في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية، وغايتها الفصل في الاتهام الجنائي بصورة منصفة في نطاق حد أدنى من الحقوق التي تكفلها للمتهم، والتي يوازن بها تلك التي تملكها سلطة الاتهام.

ومن ثم كان منطقياً أن نعرض للمحاكمة المنصفة من جهة خواصها، وضرورتها، ونطاق الحقوق التي تكفلها، والتي يندرج تحتها افتراض براءة المتهم، ونطاق هذا الافتراض وأثره على سير الدعوى الجنائية، وضوابط التحقيق والفصل في الاتهام. وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

### المطلب الأول

#### ضوابط المحاكمة المنصفة وخصائصها

١٦١- لا تتعلق ضوابط المحاكمة المنصفة بالدعوى الجنائية وحدها، ولكنها تنبسط إلى كل دعوى، ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية، وعلى الأخص فيما يتعلق بضمانة الدفاع التي تعتبر أصلاً في الدعاوى جميعها، ويفض النثر عن موضوعها.

على أن الدستور -ويتنظر إلى وطأة القيود التي تفرضها القوانين الجزائية على الحرية الشخصية- حرص على أن يولى الاتهام الجنائي عناية خاصة، فأحاط هذا الاتهام بعدد من الضوابط التي نص عليها في المادة ٦٧، كي يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأهدافها، بما يخل بالتوازن بين حق الفرد في الحرية من جهة، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من جهة أخرى.

(١) من ذلك نطق الحق في رفعها على شكوى أو بلائ أو طلب.

ومن المتصور في مجال القانون الجنائي الإجرائي، ألا تتحد القواعد التي يقوم عليها هذا القانون، بالنظر إلى تغاير الوقائع التي تحكمها؛ والمراكز التي تواجهها؛ والأشخاص المخاطبين بها<sup>(١)</sup>؛ إلا أن هذه القواعد سواء في مضمونها أو عموم تطبيقاتها- لا يجوز أن تخل بالحد الأدنى لتلك الحقوق التي لا يطمئن المتهم مع غيابها إلى الفصل في الدعوى الجنائية بطريقة منصفة. وتتقدم هذه الحقوق، ضرورة أن يخطر المتهم في أقصر أجل -تفصيلاً- بالواقعة التي يدور الاتهام حولها، وبالأدلة التي تثبتها، وأن يفهم المتهم حقيقتها باللغة التي يدركها، وإلا تولى مترجم بيان ماهيتها، وتوضيح ما خفى من جوانبها.

ويتعين أن تنهى للمتهم كذلك -وعلى ما تنص عليه الفقرة ٣ من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان- كافة الوسائل الضرورية التي يطلبها إعداد دفاعه، وأن يختار محامياً إذا كان قادراً على دفع أتعابه، وإلا حصل من الدولة بغير مقابل على محام يتولى هذا الدفاع لمصلحة العدالة. وله كذلك أن يستوجب الشهود الذين تقدمهم للنيابة وأن يوجههم، وأن يقابل شهادتهم بشهوده، ووفق الشروط ذاتها.

وعملًا بالفقرة الأولى من المادة ٦ من هذه الاتفاقية، يكون لكل متهم حق في الاستماع إليه وفق إجراءات منصفة؛ وعادلة؛ وخلال مدة معقولة؛ وأن تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية، أو في الأساس الذي تقوم التهمة عليه، محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون.

وينطبق بالحكم علانية، وإن جاز منع الصحافة أو الجمهور، من دخول قاعة الجلسة سواء بالنسبة إلى كامل إجراءاتها أو بالنظر إلى بعض جوانبها، كلما كان ذلك مطلوباً لمصلحة أمن الوطن، أو النظام العام، أو لحماية الأخلاق في مجتمع ديمقراطي؛ وكذلك إذا كان هذا الحظر تقتضيه حماية مصلحة القصر، أو صون خواص الحياة؛ أو كان من شأن علانية جلساتها -وبالنظر إلى بعض الأوضاع الخاصة- الأضرار بالعدالة في ذاتها.

تلك هي الخطوط العريضة لحقوق المتهم في مواجهة سلطة الاتهام ويندرج تحتها بوجه خاص:

أولاً: أن يفصل في الاتهام خلال مدة معقولة *Un délai raisonnable* ذلك أن العدالة المتأخرة تتناقض للعدالة الناجزة؛ والعدالة للجامعة غير العدالة المتبصرة. وتردأها مساو لإكثارها *Justice*

(١) فالأحداث مثلاً لهم قواعد إجرائية تخصهم.

L'exigence de *celerite* غير المتردد في إنفاذها. *delayed, justice denied* بما يخل بمصداقيتها وفعاليتها. والإسراع في تحقيقها

وتتحدد المدة المعقولة التي يفصل خلالها في الاتهام الجنائي على ضوء معيار مرن يعتمد بأوضاع كل جريمة وظروفها، خاصة ما تعلق منها بدرجة تعقدها وتشابكها في وقائعها وملامحها القانونية؛ وتنوع أدلتها؛ وخفاء مسرحها؛ وندرة الشهود عليها أو غيابهم؛ وكذلك سلوك كل من المتهم والنيابة ومناوراتهم<sup>(١)</sup>، وبمراعاة أن تأخير الفصل في الاتهام الجنائي، يلحق بالمتهم إضرار جسيمة لا تقوم حاجة إلى إثباتها، لأنها تفترض. ذلك أن بقاء الجريمة بغير فصل في ثبوتها أو انتفاءها، يجعل المتهم قلقاً مضطرباً، فلا يطمئن إلى مصيره. وإنما يظل ملاحقاً باتهام لا تبدو لدائرة شروره من نهاية، فضلاً عن احتمال اختفاء شهوده أو هين ذكرتهم.

والعدالة فوق هذا لا تعتبر محض قيمة نظرية، وإنما يتعين أن يلمسها المتهم وأن يعايشها ويشهدها ببصره *Justice must not only be done, it must be seen to be done*.

وعلى الدولة بالتالي أن تعمل على تطوير نظمها القضائية حتى تكفل لمن يمثلون أمام محاكمها فصلاً منصفاً وعظماً في الاتهام الموجه إليهم، وكذلك في حقوقهم والتزاماتهم المدنية، بما يكفل تكامل إجراءاتها منظوراً إليها في مجموعها.

١٦٢- وينبغي أن يلاحظ كذلك:

أولاً: أن الاندفاع في الفصل في الاتهام الجنائي، لا يقل سوءاً عن الفصل فيه بصورة متراخية.

ذلك أن الضرر واحد في الحالتين، لأنها ينتهيان إما إلى عدالة مختصرة، وإما إلى عدالة يستطيل زمن تحقيقها. فلا يكون الحكم الصادر في الخصومة الجنائية مستهدفاً إحساق الحق، بل

(١) من قبيل مسلك المتهم أن يبذل المحامين الذين يدافعون عنه، في نطق مناوراته التي يستهدف بها عدم الفصل في الدعوى الجنائية. ويكون مسلك النيابة كذلك معيماً، إذا لم توضح التهمة بصورة كافية، أو إذا تعمدت إخفاء بعض أدلتها لتطول معاناة المتهم. ولا يكفي مجرد السلوك السيئ، بل يتعين حتى يكون للمتهم أو النيابة مسئولية عن طول المحاكمة، أن يكون السلوك تصفياً.

Jean Claude Soyer et Michel de Slavia, commentaire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, in La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Sous la direction de Louis - Edmond Petititi et Emanuel Decaux. Commentaire article par article, Economica, p.p. 267- 268.

متوانيا أو متعجلاً. بما يناقض الحرية المنظمة، ويعارض مفاهيم العدل التى اترضتها الأمم المتحضرة سلوكا لها، حتى فى أفصح الجرائم وأسوأها وقعا، ولشدتها خطراً.

ثانياً: يتعين فى مجال تقييم خروج المحكمة على ضوابط الاعتدال، أو إنصافها المتهم، النظر إلى إجراءاتها وضماناتها فى مجموعها (١). L'ensemble du procès en cause بوصفها والقصة فى إطار الحقوق التى يملكها المتهم، ويوازن بها حقوق سلطة الاتهام قبله، كافتراض البراءة، وحقوق الدفاع وتكافؤ الأسلحة، والحق فى المواجهة.

وحقوق المتهم هذه هى التى عدتها وإن لم تحصنها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ولا يجوز بالتالى فصلها عن جذور المفاهيم التى تضمها إلى بعضها، والتى تعتبر المحاكمة المنصفة إقراراً لها (٢) L'exigence d'équité.

ثالثاً: أن علنية المحاكمة وإن كان يحوز حظها فى الأحوال الاستثنائية التى حددتها الفقرة الأولى من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لمشار إليها؛ إلا أن هذه العلنية L'exigence de publicité تكفل ألا تتم المحاكمة وراء جدران مظلمة؛ وأن يكون إطلال الجمهور على وقائعها وإجراءاتها كائناً بقىهم فى القضاة، ومرافقهم فى تصرفاتهم.

وهى كذلك ضمان لإدارة العدالة بطريقة فعالة تؤمن إنصافها، بما يصون للنظم الديموقراطية واحداً من أهم خصائص ملامحها.

رابعاً: أن ضمان استقلال المحكمة التى تفصل فى الاتهام، يقتضى ردع السلطة التنفيذية عن كل أشكال التدخل فى شئونها. ولا كذلك حيثتها التى تفرض من جانبها موقفاً لا تفضل فيه خصماً على آخر. فلا تتحاز لأحدهما إضراراً بغيره، وإلا كان حكمها قرين التحكم. ويتعين فى كل حال ألا تكون حيثتها واستقلالها مظهرأ بلا مضمون (٣).

(١) انظر فى ذلك قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:

Affaire Goddi c. Italie, arrêt du 9 avril 1984, A no 76 & 28.

(٢) انظر فى ذلك قضاء هذه المحكمة فى:

Affaire Borgers c. Belgique, arrêt du 30 Oct. 1991, A no 214 b, & 25; Affaire Francesco Lombardo C. Italie, arrêt du 26 Nov. 1992, A no 249 - B. & 23

(3) Affaire De Cubber c. Belgique, arrêt 28 Oct. 1984, A no 86, 29.

خامساً: يجب أن تكون وظيفة المحكمة من طبيعة قضائية، وأن تفصل بنفسها فى العناصر الواقعية والقانونية للنزاع حتى ينحسم. ويفترض ذلك أن يكون طرق أيائها حق لكل شخص، وأن تكون بيدها سلطة التقدير والتقرير فصلاً فى هذا النزاع.

ولأن الحرية الشخصية لا يجوز تعييدها دون مقتض، فإن صولها يقتضى أن تتولى مهلطة الاتهام بنفسها، إثبات وقوع الجريمة بأركانها التى عينها المشرع، وذلك من خلال عرض أدلتها على الهيئة القضائية للإكفاح بها، بما يزيل كل شبهة لها أساسها حول صحتها.

ذلك أن النيابة تعتمد من خلال اتهامها لشخص بجريمة تدعيها، إلى خلق صورة جديدة تتناقض لتفترض البراءة التى لا ينحيا إلا حكم قضائى تطلق بجريمة بذاتها، وصار باتاً فى شأن نسبتها إلى فاعلها، وفاصلاً فى كل ركن من أركانها، بما فى ذلك القصد الجنائى إذا كان متطلباً فيها؛ وبما يحول دون افتراض المسؤولية الجنائية، ولو فى أحد عناصرها. وقد تنتم الجريمة التى نسبها إلى المتهم بتدخل صور متعددة من النشاط فيها. فلا يتم الفصل فيها إصفاً إذا كان الدفاع غائباً عنها، أو كان الدفاع بشأنها حتى مع وجوده، لا يقدم معونة فعالة للمتهم. وهو يكون كذلك إذا لم يحط بالدعوى الجنائية من كافة جوانبها، أو قصر عن مواجهة حكم القانون فيما هو هام من نقاطها؛ وما يكون من الحلول والبدائل أكثر. احتمالاً فى مجال كسبها، فضلاً عن مساندتها بما يكون لازماً من الأوراق التى تؤيقها.

كذلك فإن لكل متهم وسائل إجرائية يقتضيها وفقاً للدستور من سلطة الاتهام، ومن محكمة الموضوع ذاتها، وإلا وقع الحكم الصادر عنها باطلاً.

ويندرج تحتها أن يغى التهمة الموجهة إليه بكافة الوسائل القانونية، وأن يواجه الشهود الذين قمتهم سلطة الاتهام ويجرحهم؛ وإلا يحمل على شهادة يدان بسببها؛ وألا يتورط فى دفاع خاطئ؛ إذا فاجأته سلطة الاتهام بأدلة كانت قد أخفتها؛ وأن يتكافأ -وجه علم- مركزه معها. فلا يحوز حقوقاً -على الأقل من الناحية القانونية- غير تلك التى تملكها. بل يتكافأ فى أسلحتهم، وإن لم يكن هذا التكافؤ واقعياً.

ذلك أن المورلد الهائلة التي تحوزها سلطة الاتهام، والتي تكبر من خلالها أدلتها وشهودها، والحماية القانونية التي توفرها لهم من مخاطر العدوان عليهم بعد الشهادة التي يقدمونها، يستحيل عملاً أن يتوافر للمتهم ما يقابلها، إلا إذا كان فاحشاً للثراء (١).

### المطلب الثاني

#### أصل البراءة

#### الفروع الأول

#### افتراض براءة المتهم من خصائص النظام الاتهامي

١٦٦- افتراض براءة الشخص من التهمة الموجهة إليه، لا يدعو أن يكون استصحاباً للفترة التي جبل الإنسان عليها، وشرطاً لازماً للحرية المنظمة يكرس قيمها الأساسية. وهو كذلك وثيق نسلة بالحق في الحياة، وبدعائم العدل التي تقوم على قواعدنا النظم المدنية والسياسية جميعها.

وهذه البراءة -وباعتبارها جزءاً من خصائص النظام الاتهامي Accusatorial system- لا يبرز تعليقها على شرط يحول دون إنفاذ محتواها؛ ولا تعطيلها من خلال اتهام ولو كان جدياً؛ ولا تنسها سواء بإعفاء للجناية من التزامها بالتكليف على صحة اتهامها، أو عن طريق تدخلها للتأثير دون حق في مسار الدعوى الجنائية. ومن ثم كفلتها المادة ٦٧ من الدستور لكل متهم؛ مرددة بها نص المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والفقرة الثانية من المادة ١٤ من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية.

(١) راجع في ضوابط المحاكمة المنصفة وعدم جواز افتراض المسؤولية الجنائية، أحكام المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية بجلستها المقعودة في ٥ يوليو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٤١ من الجزء الثامن وما بعدها؛ وفي القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ١١/١٦/١٩٩٦- قاعدة رقم ٩ ص ١٢٤ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ١ فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٩ ص ٢٨٦ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٧ ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية -جلسة ١٢/١٧/١٩٩٥- قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ ص ٤٥ وما بعدها من الجزء السابع؛ وفي القضية رقم ٢٤ لسنة ١٦ قضائية -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٩ ص ٧٧٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

١٦٤- وصار من البدهى أن كل إخلال بأصل البراءة يعد خطأ لا يخفى A prejudicial Error ونكولا عن المفاهيم المبينية An Axiomatic precept مستوجبا نقض كل قرار لا يتوافق معها(١).

ولأن أصل البراءة لا يتزحزح إلى أن يُنقض من خلال حكم قضائي صار باتا بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها -بكل مكوناتها- كان نقياً متكاملاً؛ فلن هذا الأصل يظل قائماً في مرحلة ما قبل المحاكمة، ولتأه نظرها، وفيما بعد الحكم الصادر فيها إذا كان الطعن فيه جائزاً. وهو بذلك حالة واقعية لا يسقطها إلا حكم قضائي صار مستصفاً على الجدل.

وكلما أهدر المشرع -من خلال قرينة قانونية أحدثها- الفراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه، كان ذلك إخلالاً بوسائل دفعها، وإهداراً لتوازن بين الحقوق التي يملكها لدحضها، وتلك التي تحوزها سلطة الاتهام لإثباتها؛ وإخلالاً لإرادة السلطة التشريعية محل إرادة السلطة القضائية، لتحييها عن وظائفها الأصلية في تحقيق الدعوى الجنائية، وتقدير أدلتها في شأن جريمة يدعى ارتكابها، ولا يتصور إسنادها لفاعليها إلا بعد توافر ركبتها بالشروط التي تتطلبها المشرع فيهما(٢).

ذلك إن القرائن القانونية جميعها تعتبر من عمل المشرع، وهو يفرضها في مجال الجريمة باعتبارها قواعد تتعلق بإثباتها Evidentiary rules غايتها افتراض واقعة بذاتها -لا نكتسب بدونها لركان الجريمة المدعى ارتكابها- واعتبارها ثابتة بحكم القانون، فلا يكون أمام المتهم إلا نفيها(٣).

\* ويبدو افتراض البراءة -وهو ينبسط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التي تسبقها وتؤثر فيها- أكثر ضرورة في مجال حقوق الدفاع، خاصة وأن الوسائل التي تملكها النيابة العامة في مجال إثباتها للجريمة، تدعمها موارد ضخمة يقصر المتهم عنها، ولا يوازنها (إلا اقتراض براعته، لضمان ألا يدان عن الجريمة ما لم يكن الدليل عليها مبرنا من كل شبهة لها أساسها Dans la doute, on acquitte.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "مستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٥٤/٧٢، ص ١٠٤٤ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق -ص ١٠٤٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) الحكم السابق -قاعدة رقم ٨٠٧/٧٢- ص ١٠٤٥-١٠٤٦ من الجزء الثامن. أنظر كذلك القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "مستورية" جلسة ١٩٩٨/٣ -قاعدة رقم ٣/٧٢ ص ١٠٤٤ من الجزء الثامن.

### الفرع الثاني

#### تفسير النصوص العقابية في نطاق أصل البراءة

١٦٥- ولا يجوز أن تفسر النصوص العقابية، باعتبارها نافذة لأصل براءة المتهمين بمخالفاتها، ولا حائلة دون التكيل بكل الطريق على الإخلال بها.

بل يكون لكل منهم -ونزولاً على هذا الأصل- أن يحتصم بصمته ابتداء إلى أن تقدم النيابة العامة للدليل على انتهاءها؛ وأن يفيد انتهاء مما يعتبر شكاً معقولاً *Doute raisonnable* يتصل بالتهمة من جهة ثبوتها<sup>(١)</sup>.

ولأن أصل البراءة قاعدة أولية توجبها الفطرة التي جبل الإنسان عليها، ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، ليوفر بها لكل فرد الأمن في مواجهة التحكم والتسلط والتحامل؛ فقد صار مفهوماً أن يلزم هذا الأصل كل شخص -ليس فقط عند مولده- بل كذلك في كل أطوار حياته -رافعاً وكهلاً حتى نهايتها- ليهيمن هذا الأصل على أعمال الاستدلال والتحقيق جميعها، وعلى الخصومة الجنائية ذاتها في كافة مراحلها، وإلى يصدر في موضعها حكم قضائي يكون باتاً، وصار مقررأً؛ بالتالي أن الاتهام بالجريمة ليس قرين ثبوتها، ولا يقوم مقام التكيل عليها ولو كان الاتهام متساند الدعائم<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثالث

#### أحوال لا يجوز أن ينتفي فيها أصل البراءة

١٦٦- ومما ينفي أصل البراءة دون حق:

(١) "مستورية" العليا للقضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "مستورية" القاعدة رقم ٣/٧٢ -جلسة ٣-يناير ١٩٨٨- ص ١٠٤٦- من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٨ -ص ٧٤٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٤/١٥ -ص ٢٧١- ٢٧٢ من الجزء السابع؛ القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ ق "مستورية" -جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤-٣/٨ -ص ١٢٧- ١٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

أولاً: أن يقيد المشرع الحرية للشخصية بتدابير لها خصائص العقوبة، دون أن تقابلها أفعال  
لها بعد تعيينها بصورة دقيقة (١).

ثانياً: أن يقيد المشرع إدارة أشخاص لأموال يملكونها أو يمنعونهم من التعامل فيها متسانداً في  
ذلك إلى قيام دلائل كافية من التحقيق، على تورطهم في إحدى الجرائم التي عنيها (٢). ذلك إن هذه  
الدلائل ليس لها قوة اليقين للقضائي، وليس كافياً لنقض أصل براءتهم، أن يكون اتهامهم بإحدى  
الجرائم التي عنيها المشرع، أو الحكم عليهم مظنوناً رجحانه وحتى بعد اتهامهم، فإن أصل البراءة  
يجمعهم مع كل شخص آخر، منها أو غير منهم، فلا يكون التمييز بينهم -رأى البراءة يحيط بهم-  
إلا منافياً حكم العقل Unreasonable، ظاهر التحكم Palpably arbitrary، ومخالفاً كذلك لحكم المادة ٤٠  
من الدستور (٣).

ثالثاً: تقرير تدابير استثنائية في شأن الأشخاص الذين اتهموا جدياً أكثر من مرة في جنائية  
حددها المشرع أو اللذين حكم عليهم من قبل أكثر من مرة بارتكابها.

(١) القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "مسورية" - جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ - قاعدة رقم ١٧ - ص ١٦٦ من الجزء  
السادس.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً أو من قانون الإجراءات الجنائية على أنه يجوز للقائبات العام إذا قُلت  
من التحقيق دلائل كافية على جدية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من  
قانون العقوبات وغيرها من الجرائم التي تقع على الأموال المملوكة للحكومة أو الهيئات والمؤسسات العامة  
والوحدات التابعة لهما من الأشخاص الاعتبارية العامة، أن يأمر ضمناً لتنفيذ ما عسى أن يقضى به من الخرامة  
أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها، بمنع المتهم من التصرف في أمواله  
أو إدارتها أو غير ذلك من الإجراءات التحفظية.

وتنص لقرتها الثانية على أنه يجوز للقائبات العلم أن يأمر بتلك الإجراءات بالتنسبة لأموال زوج المتهم وأولاده  
القصر ضمناً لما عسى أن يقضى به من رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها، ما  
لم يثبت أن هذه الأموال إنما آلت إليهم من غير مال منهم.

وتنص لقرتها الثالثة على أنه يجب على القائبات العلم عند الأمر بالمنع من الإدارة، أن يعين لإدارة الأموال وكيلها.  
وقد قضى بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً أ من قانون الإجراءات الجنائية، وبسقوط فقرتها  
الثانية والثالثة وكذلك المادة ٢٠٨ مكرراً ب من هذا القانون، وذلك في القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية "مسورية"  
جلسة ٥ أكتوبر ١٩٦٦، قاعدة رقم ٨ ص ١٣٦ و ١٣٧ من الجزء الثامن.

(٣) "مسورية عليا" - القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية "مسورية" جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٥/٨ - ص ١٢٨  
من الجزء الثامن من أحكام المحكمة.

ذلك أن التدابير -التي يندرج تحتها إعادتهم إلى موطنهم الأصلي أو منعهم من التردد على أماكن بذواتها أو تحديد إقامتهم في جهة بعينها أو حرمانهم من مباشرة مهنة أو حرفة، أو إيداعهم في مؤسسة للعمل يحددها وزير الداخلية، يعيها إن مصائر الناس لا يجوز أن ترتبط بغير أفعالهم التي يسألون عن حمدها وقبحها(١).

ولا يزيد الاتهام -ولو كان جدياً ومثالياً- عن مجرد شبهة. ولا يدل كذلك على خطورة إجرامية. ولا يجوز كذلك أن يفترضها؛ ولا أن يحيل الأشخاص غير المدانين بالجريمة، إلى مننبن.

فضلاً عن أن الأفعال وحدها هي مناط التأثيم. وهي التي تديرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتكون عقوبتها بناء على ثبوتها أو انتفاءها. ولا كذلك الخطورة الإجرامية التي لا تبلور سلوكاً محدداً أثناء جان، ولا تخالطها إرادة واعية يُعبر بها عن قصد بلوغ نتيجة إجرامية بذاتها(٢).

ومؤدى التدابير الاستثنائية التي يفرضها المشرع في شأن الأشخاص الذين حكم عليهم أكثر من مرة في جنائية نص عليها، أن جرائمهم السابقة التي استوفوا القصاص عنها، ترشح لارتكابهم مستقبلًا جريمة جديدة غير معينة.

وهي بعد جريمة محتملة قلبها المشرع إلى مفترضة قصد توقيفها بالتدابير التي نص عليها، فلا يكون إثبات هذه الجريمة غير مجرد أثر لحالة إجرامية لفترضها المشرع فيهم، ونسبها إليهم، وأقام بها علاقة حتمية بين جرائم سابقة تورطوا فيها، وبين ترويضهم في حملاتها من جديد، ليتصل ماضيهم بحاضرم، وحاضرم بمستقبلهم، وكان الذين حكم عليهم من قبل في جنائية حددها المشرع، منصرفون دوماً إلى الجريمة يبتغونها عوجاً، فلا يرتكون عنها. وهو افتراض لا يجوز وفقاً

(١) تنص الفقرة ٤٨ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٦، على أن <تحكم المحكمة الجزئية المختصة باختلاف أحد التدابير الآتية على من سبق الحكم عليه أكثر من مرة، أو اتهم لأسباب جدية أكثر من مرة في إحدى الجنائيات المنصوص عليها في هذا القانون: (١) الإيداع في إحدى مؤسسات العمل التي تحد بقرار من وزير الداخلية (٢) تحديد الإقامة في جهة معينة (٣) منع الإقامة في جهة معينة (٤) الإعادة إلى الوطن الأصلي (٥) حظر التردد على أماكن أو محال معينة (٦) الحرمان من ممارسة مهنة أو حرفة معينة. ولا يجوز أن تقل مدة التدبير المحكوم به عن سنة، ولا تزيد على عشر سنوات. وفي حالة مخالفة المحكوم عليه للتدبير المحكوم به، يحكم على المخالف بالحبس.

(٢) "مستورية علناً" للقضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" جلسة ١٥ يونيو ١٩٦٦ - قاعدة رقم ١٦/٤٨، ١٧، ١٨ - ص ٧٤٦-٧٤٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

الدستور (١) خاصة بعد أن اكتمل التقصاص في شأن الجرائم السابقة جميعها، ودونما جريمة جديدة بدعى ارتكابها (٢).

### الفرع الرابع

#### الطبيعة القانونية لأصل البراءة

١٦٧- ليس افتراض البراءة بقرينة قانونية، ولا هو من صورها. ذلك أن القرينة القانونية هي التي يقيمها المشرع مقدما ويعممها بعد أن يصوغها على ضوء ما يكون راجح الوقوع عملاً.

وهي في حقيقتها إثبات غير مباشر يتحول به الدليل من الواقعة مصدر الحق المدعى به إلى واقعة أخرى قريبة منها، وبديلة عنها، بالنظر إلى ما بين هاتين الواقعتين من رابطة منطقية، تجعل ثانيتهما مفضية إلى لولاهما.

وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر ثبوتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون.

ولا كذلك البراءة التي افترضها الدستور. فليس ثمة واقعة أبداً للدستور بغيرها. وإنما يتقوم افتراض البراءة على أصل يلزم الإنسان منذ خلقه، مؤداه تطهره من كل خطيئة - وهو أصل يصاحبه حتى مماته، فلا ينفك ما برح حيا (٣).

Innocence is more properly called an assumption as opposed to a presumption, It does not rest on any other proved facts, it is assumed.

والأصل أن ترتبط القرائن القانونية بالمسائل المدنية، فإن تحدثها إلى غيرها، صار أمر مستوريتها محدد على ضوء مساهمها بالحرية للشخصية، وإخلالها بمقوماتها. ولا يجوز بالتسالي أن يمتد لاختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوباتها، إلى حد إحداثها لقرائن قانونية تنفصل عن واقعها. ولا تربطها بالتالي علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها، لتحول بها

(١) الحكم السابق ص ٧٤٩ - ٧٥٠ من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق ص ٧٤٦ - ٧٤٨ من الجزء السابع.

(٣) دستورية عليا - القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٥/١٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

دون مباشرة السلطة القضائية لولايتها في مجال تحقيق الادعى الجنائية التى اختصها الدستور بالفصل فيها(١).

### المطلب الثالث

#### ضوابط التحقيق والفصل فى الاتهام الجنائى

١٦٨- لا يجوز الفصل فى اتهام جنائى بما يخل بالحد الأدنى من الحقوق التى يتعين ضمانها لكل متهم، والتى يندرج تحتها أصل البراءة كقاعدة جوهرية ترد عن المتهم كل اتهام لا يقوم على ساق من خلال شبهة لا يتوافر بها الحق فيه. فلا ينال الاتهام -ولو كان جنيا- من أصل البراءة. ولا يهدم كذلك بناء على جريمة لم يقدّم الدليل عليها، أيا كان قدر خطورتها؛ أو سوء تقبل الناس لها؛ أو منافاتها لقيم درجوا على التزامها. وإنما يظل الاتهام قلعا إلى أن يفصل فيه بحكم قضائى يصير باتا(٢).

ولأن أصل البراءة موداه ألا تعتبر واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل، وألا يفترض المشرع أحد أركانها؛ وكان لافترض البراءة وصون الحرية الشخصية أصلا كلهما الدستور بنص المادتين ٤١ و ٦٧، فقد صار لازما ألا تتحل السلطة التشريعية الاختصاص المقرر للسلطة القضائية فى مجال التحقق من قيام الجريمة بأركانها التى حددها المشرع، بما فى ذلك توافر القصد الجنائى فى كل جريمة عمدية تقتضى علما من الجانى بعناصرها، وتقديره لمخاطرها على ضوء الشروط التى أحاطها المشرع بها، لتكون نتيجتها هى التى قصد إلى إحداثها(٣).

وصار بدهيا ألا يواجه المتهم بواقعة أثبتتها فى حقه قرينة قانونية تحكيمها ولا أن ينفى تهمة لم تثبتها سلطة الاتهام. فإذا أثبتتها تحين أن يوفر له القاضى ضمانا للدفاع التى تعتبر مفترضا أوليا لصون حقوق الأفراد وحيرياتهم فى إطار من سيادة القانون(٤). وذلك سواء كان من يباشره أصيلا أو

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤٩ -ص ٧٦٧ و ٧٦٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٩ -ص ١٤٤ - ١٤٦ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٩ -ص ٢٩٤ من الجزء الثامن.

(٤) ص ٣٠٥ من الحكم السابق.

وكيلاً، ومواء كان المتهمون موسرين أو معوزين على ما تقتضى به المادتان ٦٨ و ٦٩ من الدستور التى تكفل للناس جميعهم حق اللجوء إلى قاضيههم الطبيعى، والحصول على وسائل الدفاع الملائمة التى ينتصون بها لحقوقهم ولتزاماتهم المدنية، أو التى يدفعون بها اتهامات تتهدد به حريتهم الشخصية، فلا يكون الحق فى الدفاع مندوباً، بل مطلوباً على وجه الجزم، وبشرط أن يكون الدفاع فعالاً.

وهو لا يكون كذلك -فى نطاق الدعوى الجنائية- إلا إذا أحاط بها من كل جوانبها، ولم ينحصر بمطالباتها إلى ما دون مستوياتها الموضوعية التى يعاينها للتبصر، وتفرضها العناية الواجبة، حتى تظل ضمانات الدفاع واقعة فى إطار الأسس الجوهرية للحرية المنظمة، التى يتعين التسليم بها تغليباً لجوهر الحقوق التى تنتزع عنها، على أهدابها الشكلية، وصولاً إلى تحقيق أهدافها، فلا ينزاع أحد فى ثبوتها أو يعمد إلى حجبها.

وتبدو ضمانات الدفاع هذه أكثر أهمية كرداع لرجال السلطة العامة إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون مطمئنين إلى غياب الرقابة على أعمالهم أو غفوتها.

بل إنه مما يعزز هذه الضمانة ويمنحها قيمتها العملية، ألا يكون تطبيقها مقصوراً على مرحلة الفصل فى الاتهام الجنائى، بل يتعداه إلى المراحل السابقة على توجيهه إلى المتهم، بما يكفل حق المتهمين فى ألا تسترقهم السلطة بصفوطها، وألا تقوهم بما يقرهم منها أو ترهبهم ببأسها بما يذنبهم، وعلى الأخص بعد انتزاعهم من محيطهم وإثارة الفزع فى أعماقهم وتسلطها على إرادتهم، فلا يملكون غير الخضوع لها. ولا تكون محاكمتهم بعد ذلك غير خواء لا يرد عنهم ضرراً<sup>(١)</sup>.

وإذا كان نص المادة ٤١ من الدستور، قد خول كل من قبض عليه أو اعتقل حق الاتصال بغيره لإبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذى ينظمه للقانون، فذلك لضمان حقه فى الحصول على المشورة القانونية التى يطلبها من محام وقع عليه اختياره، وهى مشورة توفر لكل شخص -سواء كان متهماً أو مشتتباً فيه- المعاونة الفعالة التى يزيل بها الشبهة العالقة به، ومواجهة أشكال القيود التى

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ -قاعدة رقم ١٨ -ص ٣٢٦ و ٣٢٧ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "مستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ١٨ -ص ١٨١ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣٧ -ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

فرضتها المطلقة على حريته الشخصية، والتي لا يجوز معها الانفصل بين للشخص ومحاميه بما يسمى إلى مركزه، سواء كان ذلك أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله<sup>(١)</sup>.

وقد وازن الدستور -بمصر المادة ٦٧- بين حق الفرد في الحرية، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية، وقدر أن المتهم بجناية كثيرة ما يكون مضطرباً، فإذا أُدين بارتكابها بعد أن أساء عرض دفاعه، أو أعوزته الحجة القانونية التي تؤيده، كان ذلك منهياً -أحياناً- لآماله المشروعة في الحياة، وحتلاً دون انخراطه في الجماعة التي يعيشها بعد أن حرم من الاتصال بمحاميه في حرية، وبغير حضور أحد.

ومن ثم كفل الدستور لكل متهم في جناية، الحق في أن يعلن على توقي ضرورها عن طريق محام يوجه دفاعه للوجهة التي تكفل حقوقه القانونية، والتي يستطيع من خلالها أن يمارع النيابة العامة حججها، وأن يحضرها بما ينفيها<sup>(٢)</sup>.

وعدا أصلاً مقرر أنه إذا كان حق الدفاع في إطار النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية، يعطى حق المتهم في سماع أقواله، فإن ضمانته للدفاع تغتو سراباً بغير لشماتها على الحق في الاستماع إليه عن طريق محاميه.

ذلك أن ما قد يبدو واضحاً لرجال القانون، كثيراً ما يكون منبهماً على آحاد الناس أو كما كان حظهم من الثقافة، خاصة إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام التي تتدخل عناصرها أو تخفى جوانبها القانونية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالأدلة التي يجوز قبولها قانوناً وقدر الترابط والتضام بين الوقائع التي يستهضها المتهم، وحقيقة النقاط القانونية التي يقوض بها الاتهام، فلا يدان بناء على سوء حججه ولا على ضوء أدلة قدمتها النيابة وكان يتعين قمعها. Suppression of evidence بالنظر إلى بطلانها، ولا وفق أدلة متهاينة حتى مع جواز تقديمها قانوناً.

وليس أدل على أهمية ضمانته للدفاع من أن إنكارها أو تقييدها بما يخرجها على الأغراض المتصودة منها، يمس في الأعم الضمانة التي كفلها الدستور لكل شخص في مجال الاتجاء إلى

(١) "تسوية عليا" -تقضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "تسوية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣٧- من ٣٤٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) الحكم السابق ص ٣٤٨ - ٣٤٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

فأضحية الطبيعي، ويعرض حقه في الحياة لمخاطر عميقة، وهو ما يعتبر هدماً للعدالة ذاتها، بما يحول دون وقفها سوية على قدميها (١).

ولا يجوز بالتالي الفصل في الاتهام الجنائي بعيداً عن قيم الحق والعدل الغائرة جنورها في تلك القواعد المبدئية التي ارتضتها الأمم المتحضرة سلوكاً حتى في أسوأ الجرائم وقعا على الضمير العام، وأعماها انحرفاً *The most heinous crimes*.

وهو ما يعنى أن الحرية للشخصية لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة؛ وأن المولأيسن الدقيقة التي يتكافأ بها مركز سلطة الاتهام مع حقوق متهميها، لا يجوز الإخلال بها، وعلى الأخص ما تطلق منها بضمنان حق المتهم في أن يكون مدركاً للتهمة الموجهة إليه، واعياً بأبعادهما متفهما عناصرها، بصيراً بأدلتها، وأن يدفعها بكل الوسائل القانونية التي يملكها، وأن يمان على مواجهتها وحضنها بمحام لا ينزلق بتقصيره إلى أخطاء كان عليه أن يتجنبها، ولا يختار من بدائل الدفاع غير أسونها لمركز المتهم. بل يولى دعواه نظراً متوثباً، وهمة كافية لا يكون معها مترخياً، بل مثابراً على متابعة كل ما يطرح في الدعوى الجنائية مما يؤثر بصورة إيجابية في مركز المتهم بالنسبة إلى الاتهام، خاصة كلما كان الحكم بإدانته أكثر احتمالاً؛ أو كانت النتائج المحتملة للحكم، خطيرة في آثارها القانونية والعملية، بما يحتم أن يكون محاميه أنفذ بصرأ وأعرض جهداً، حتى لا يدان المتهم لغير جريمة، أو على ضوء قرائن تقتصر إلى رباط منطقي يجمعها، فلا تتضام مع بعضها، بل تتفرق عناصرها (٢).

(١) الحكم السابق ص ٣٤٩ - ٣٥٠ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - لقاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٥ - ٧٣٦ من الجزء الثامن. هذا وقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن احترام حقوق الدفاع *Le respect des droits de la defence* من المبادئ الأساسية التي ألزمتها قوانين الجمهورية 19, [C.C. 80 - 127 D.C., 20 Janvier 1981, R.p.15] كذلك قرر هذا المجلس أن حقوق الدفاع تفيد ضمناً - على الأخص في المجال الجنائي - وجود إجراءات مضبوطة ومصنفة تكلل الثقل بين حقوق الأطراف.

Il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable grantissant l'équilibre des droits des parties [ C.C. 89 - 260 D.C., 28 Juillet 1989, R.71.]

ويلاحظ أن هذه الصياغة لمضمون حقوق الدفاع مستمدة من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، ومن قضاء محكمة ستراسبورج التي تقوم على تطبيق هذه الاتفاقية. وهو ما يضي أن المجلس الدستوري الفرنسي

أخذ في المفاهيم الفرنسية، المفاهيم الانطو مكمونية الخاصة بشرط الوسائل القانونية السلمية *The Due process* of law.

ومحكمة الموضوع وحدها هي التي تجبل بصرها في الاتهام المطروح عليها، وتستخلص من كل واقعة تتصل به دلالتها، على أن يكون فهمها لها مستقيماً؛ ونظرها فيها دالاً على إحاطتها بالتهمة عن بصر وبصيرة؛ وإدراكها لأبعادها مرتقياً إلى قوة اليقين للقضائي التي تبلغ مستوياتها في الإقناع حدّاً تزول به كل شبهة لها أساسها في شأن اتصال يد المتهم بالجريمة التي قام الاتهام عليها، وليس لجهة أيّا كان وزنها أن تفرض عليها فهمها للدليل بعينه؛ ولا أن تعفيها من النظر في أية واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها؛ ولا أن تفترض ثبوتها بقانونية تصوغها بطريقة تحكيمية، لتحكم الجريمة المدعى بارتكابها.

#### ١٦٩- وما تقدم مؤداه:

أولاً: أن لكل جريمة ينشئها المشرع أركانها التي يتعين أن تثبتها سلطة الاتهام في كل أجزائها (١)، ودون إخلال بحق المتهم في الاتصال بمحاميه (٢).

ثانياً: إن افتراض الخطأ، وإن جاز في المسؤولية المدنية بالتقدير وفي الحدود التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها ويثبتها (٣).

ثالثاً: أن النظم الجنائية الإجرائية، وإن كان هدفها تنفيذ سياسة جنائية بذاتها، إلا أن وسائل تحقيقها لا يجوز أن يخالفها لتحكم، ولا أن تتطرق إليها عوامل التمييز بين الخاضعين لهذه النظم، بما يناقض قاعدة تساويهم أمام القضاء *Le principe d'égalité devant la justice*، وموداما أن تكون للحقوق عنها قواعد موحدة في مجال طلبها والدفاع عنها ولتعضائها (٤)، وأن يكون لكل من المتهم

(١) ص ٧٥٣ - ٧٥٦ من الحكم السابق.

(٢) أنظر في ذلك قضاء المجلس الدستوري الفرنسي

[C.C. 86 - 2] 4 D.C., 3 Sep. 1986, R.p.128].

(٣) "ستورية عليا" - القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "ستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٧٥٥ من الجزء الثامن.

(٤) "ستورية عليا" - القضية رقم ١٢٩ لسنة ١٨ قضائية "ستورية" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٥ - ص ١٠٨٧ من الجزء الثامن.

ومسلطة الاتهام، الأسلحة ذاتها التي يتكافأ بها مركزيهما في مجال حوض التهمة وإثباتها، وبما يحول دون افتراض ركن في الجريمة يعتبر لازماً لوقوعها في الصورة التي أفرعها المشرع فيها (١).

رابعاً: لا يجوز تفسير النصوص الجزائية باعتبارها نافذة لأصل براءة المتهمين بمخالفتهما، ولا تأويلها بوصفها منبهة لضرورة أن يكون الدليل على الإخلال بها نقياً كاملاً. بل يكون لكل متهم -وارثكنا إلى أصل البراءة- أن يظل صامتاً ابتداء كي يفقد لنتهاء مما يعتبر شكاً معقولاً يحيط بالتهمة من جهة ثبوتها (٢).

(١) "تسوية عليا" -القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية "تسوية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٧٢- ص ١٠٤٤ - ١٠٤٥ من الجزء الثامن.

(٢) ص ١٠٤٦ من الحكم السابق، والقضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "تسوية" -جلسة ٣ يولية ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢- ص ٦٥ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ٩٧ قضائية "تسوية" -جلسة ١٢/٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ١٥- ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "تسوية" -جلسة ١٥ يولية ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع.

### المبحث الرابع

### الرقابة على الدستورية في مجال القانون المالي

#### المطلب الأول

#### الضريبة أهم روافد للقانون المالي

١٧٠- تعتبر للضريبة أحد عناصر القانون المالي، وأهميتها في تنمية موارد الدولة لا نزاع فيها، والمصلحة التي تحميها مالية في طبيعتها، ويحيطها المشرع بقواعد تفصيلية غايتها ضمان تحصيلها ومجابهة التحايل عليها، ومحاولة للتخلص منها، وذلك تأميناً لانتظام ودقة جبايتها والتقليل من تكلفة تحصيلها.

ويكفل الدستور إرساء بنيانها على قاعدة العدالة الاجتماعية، وإن تعين القول بأن السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة، لأنها تتولى بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها، متضمناً تحديد وعائها، وأسس تقديره، وبيان مبلغها، والملتزمين أصلاً بأدائها والمسؤولين عنها، وقواعد ربطها، وتحصيلها، وتوريدها، وكيفية أدائها، وضوابط تقادمها، والطعون التي يجوز أن تتناولها، وغير ذلك مما يتصل ببنيانها، فيما خلا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يقرر في الأحوال التي يبينها القانون<sup>(١)</sup>.

وهذه العناصر جميعها هي التي تشملها النظم الضريبية في مصر، لتحيط بها في إطار من قواعد القانون العام، وبمراعاة أن قانون الضريبة، وأن توحى أصلاً حماية المصلحة الضريبية للدولة باعتبار أن الحصول على غلتها يعتبر هدفاً مقصوداً ابتداءً من فرضها؛ إلا أن مصلحتها هذه ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية بوصفها مفهوماً مقيداً لقانون الضريبة ليكون نالها لتحقيقها، كافلاً اعتدالها من خلال حيثتها. فلا يكون دين الضريبة مبلوراً شهوة الجبائية بهنهما وتفلاتها؛ ولا عقاباً من خلال جزاء يباع بينهما وبين الأغراض المالية المقصودة أصلاً منها؛ ولا غلواً مجاوزاً للحدود المنطقية للالتزمة لضبطها؛ ولا انحرفاً عن حقيقة أهدافها<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥/٨ - ص ٨٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٤١٥ من لجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

والالتزام بالضريبة ليس التزاماً تعاقبياً ناشئاً عن التعبير المتبادل عن إرادتين متطابقتين، بل مرد هذا الالتزام إلى نص القانون وحده، فهو مصدره المباشر. وتنظيمها مما يملكه ولي الأمر ويوجد دليله الشرعي في رعاية مصلحة الجماعة التي يمثلها.

ولا يعنى إقرار السلطة التشريعية لضريبة ما، أن الخاضعين لها قد أنفوا عنها في القبول بها، وأن علاقتهم في مجالها هي علاقة تعاقبية أو شبه تعاقبية. ذلك أن إقرار السلطة التشريعية لتنظيم معين، إنما يتم في إطار ممارستها لولايتها المستمدة مباشرة من الدستور، والتي لا يجوز لها اللزول عنها. ونأتى الضريبة العامة في موقع الصدارة من مهامها لاتصالها من الناحية التاريخية بوجود المجالس التشريعية ذاتها؛ ولما ينطوى عليه فرضها من تحميل المكلفين بها أعباء مالية يتعين تقريرها بموازين دقيقة، ولضرورة تقتضيها. ولو كان حق الدولة في استئداء الضريبة ناشئاً عن علاقة تعاقبية أو عن غيرها من الروابط المثبتة بها، لكان لها حق التخلي عنها وإسقاطها باتفاق لاحق. وهو ما يناقض حقيقة أن الضريبة العامة لا يفرضها إلا القانون ولا يجوز تبديل أحكامها أو التعديل فيها بالاتفاق على خلافها، ولا أن يقرر الإعفاء منها إلا وفق أحكامه على ما تقتضى به المادة ١١٩ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وكما ألغى المشرع إعفاء ضريبياً بأثر مباشر، ولمصلحة عامة لها وجهها، كان هذا الإلغاء موافقاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### طبيعة القوانين الضريبية

١٧١- ولا تعتبر القوانين الضريبية بطبيعتها قوانين جزائية تقرر عقوبة جزائية على المخالفين لها؛ ولا هي تدخل من الآثار التي رتبها المفقود فيما بين أطرافها، ولكنها وسيلة تلجأ إليها الدولة لتحقيق من خلالها تناسباً بين التكلفة الكلية لنفقاتها، وبين ما ينبغي أن يؤديه إليها هؤلاء الذين يفيدون أكثر من غيرهم من خدماتها، وحق عليهم بالتالي أن يتحملوا جانباً من أعبائها<sup>(٣)</sup>.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٣ فضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٢/١١/٧ - قاعدة رقم ٨ - من ٨٢ و ٨٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) الحكم السابق ص ٨٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٣) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ فضائية "مستورية" جلسة ١٩٩٣ - يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١١/١٢ - ص ١٣٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

كذلك فإن قيام الضريبة بدور يخرجها من مجال وظائفها بما يفقدها مقوماتها، مردوداً أن تصير عملاً.

### المطلب الثالث

#### قانون الضريبة

١٧٢- تفترض الضريبة أن يحدد المشرع عناصر بنيتها، بما في ذلك الأموال المحملة بعينها؛ ووسائل اقتضاءها من المكلفين بها؛ وحقيقة الأغراض التي توختها.

ذلك أن سلطة فرض الضريبة غير مطلقة، وترتبط القواعد التي تنظمها في مجال الفصل في دستورتها- بضمائها للعدالة الاجتماعية كإطار لها. كذلك فإن الأغراض المتوخاة من الضريبة، قد تسوغها أو تبطلها.

ولا نزاع في أهمية الضريبة لتنمية مولد الدولة، وضرورتها بالتالي لمجابهة نفقاتها. ومن ثم يحيطها المشرع بكثير من القواعد التي تتوخى ضمان تحصيلها، وتحويل دون التحايل عليها.

والضريبة في صحيح تكليفها فريضة مالية تقتضيها الدولة من المكلفين بها وفق القواعد التي يقرها المشرع في شأنها؛ ودون أن يكون لهؤلاء خيار في الوفاء بها أو النكول عنها. وإما يؤدونها إليها جبراً ويسهمون بها -حملاً- في نصيبهم من الأعباء العامة، ولو لم يكن ثمة مقابل يعود عليهم مباشرة من جراء فرضها.

وتدخل القواعد التي تنظمها تدخل في نطاق القانون العام؛ ولا تكافأ بشأنها مصالح أطرافها؛ ولا يجوز الاتفاق على خلافها. وإن تعين دوماً ألا تكون الضريبة مغلقة في ضوابطها عن الحدود التي رسمها الدستور لها. فلا تكون عقاباً من خلال وظائفها، أو عن طريق تدمير وعائها، أو بفرضها على رموس الأموال بما يؤول إلى تأكلها<sup>(١)</sup>.

ويظل الالتزام دستورياً أن تفرض الضريبة بقر، وفي حدود لا تصادر فرص رأس المال في النمو، وبشرط ألا ترقق بأعبائها المكلفين بها، فتصددهم عن مبادأة نشاطهم المشروع، أو

(١) فالضريبة على رأس المال ينظر إليها بحذر كبير لأنها قد تؤدي من خلال استمرار فرضها وضخامة عينها، إلى تآكل رأس المال

تبهط هذا النشاط بقيود لا مبرر لها. ومن ثم تتحدد موازين الضريبة التي يقتضيها الدستور، على ضوء ضرورتها، وحيدة مضمونها؛ وعدالتها من منظور اجتماعي يقابل بين عبئها وقدره الملتزمين أصلاً بها على تحملها. ويتعين دوماً أن توفق أهدافها لقيم التي يجتصنها الدستور، والتي يندرج تحتها حظر للتمييز غير المبرر في مجال تطبيقها بين المواطنين الذين تصيبهم أحكامها، وضمان حريتهم الاقتصادية في إطار قيود منطقية، ونصيبهم العادل في فرص العمل والإدخار والنواتج القومي، وفي ضمان معدل معقول للتنمية، وفي عدالة توزيع الدخل والأعباء العامة أيما كان مصدر تكاليفها.

وليس السلطة التشريعية أن تتخذ من الضريبة مدخلاً للتمييز بين القطاعين العام والخاص لتحقيق أهدافاً لا يأذن الدستور بها، كإعفاءها القطاع العام من ضريبة تفرضها على القطاع الخاص في مجال للنشاط يتحدد فيه، بما يخل بتنافسهما من خلال الميزة التفضيلية التي تمنحها للقطاع العام وتجهبا عن القطاع الخاص بغير مبرر.

كذلك فإن حصول الخزنة العامة على الإيراد الناجم عن الضريبة وإن كان يبلور أهدافها الأصلية المقصودة ابتداء منها، إلا أن الآثار العرضية للضريبة لا تقوم مقام الأغراض المقصودة منها أصلاً. ولكنها تعمل إلى جانبها؛ وشرط جوازها أن تقتضيها ضرورة تنظيم نشاط معين بقصد، إنهائه أو إرهابه مباشرة<sup>(١)</sup>.

فالضريبة التي يفرضها المشرع على أعمال الرهان، أو على الاتجار بالخمور، أو على الإيراد المتحقق من الدعارة المرخص بها، أو على صور من الإنفاق الباذخ، كالضريبة التي يفرضها المشرع على الأموال التي يصبها بعض المواطنين في حفلاتهم الخاصة التي يقيمونها في الفنادق تباهياً بثروتهم، وتفاخراً بنفوذهم، لا تتوخى غير سحق هذا النشاط، أو التقليل من فرص الانغماس فيه.

وتظل للضريبة خصائصها التي يفرضها الدستور، ولو خالطتها آثار جانبية تلبور الأغراض التنظيمية للضريبة. وقد نتقدم الآثار العرضية للضريبة، المقاصد الأصلية المبتغاة منها،

(١) Sonzinsky v. United states, 300 U.S. 506 (1937).

فلو فرض المشرع ضريبة تبلغ ٩٥% من دخل الفاسقات عن دعوتهن المرخص بها، لكان ذلك منهياً لنشاطهن، وكذلك نشاط المحال التي تلويهن، والقوادين الذين يوفرون للحمية لهم.

والتي تتمثل في اقتضاء الدولة لإيرادها لتمويل مشروعاتها، وتسيير مرافقها، فلا يكون الحصول على غلتها عندئذ إلا غرضاً جانبياً ليس مقصوداً أصلاً بها.

ولا يجوز بالتالي أن تكون الضريبة -سواء تعلق الأمر بمقاصدها الأصلية، أو بأغراضها الجانبية- واقعة في غير الدائرة المنطقية التي يجوز أن تعمل فيها. وهي دائرة يحدد الدستور تخومها سواء في مجال اختيار المال بالضريبة، أو تحديد محلها، أو نطاق الأشخاص المخلطين بها، أو طرق تحصيلها وغير ذلك من القواعد التي تتصل ببنياتها و شروط اقتضاها.

### الفرع الأول

#### التمييز بين الضريبة العامة وغيرها من الأعباء المالية

١٧٣- وقد مايز الدستور -على ما تنص عليه المادة ١١٩ منه- بين الضريبة العامة من جهة؛ وغيرها من صور الأعباء المالية من جهة أخرى. ذلك أن الضريبة العامة لا يفرضها إلا القانون.

والسلطة التشريعية وحدها هي التي تقبض بيدها على زمامها، وهي التي تتولى بنفسها تحديد وعائها، والملتزمين أصلاً بأدائها، والمسؤولين عن توريدها. وهي تحدد كذلك مبلغها، وتصوغ قواعد ربطها وتحصيلها، وضوابط تقادمها والطمون التي يجوز أن تتكفلها، وغير ذلك مما يتصل بعناصرها، عدا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يقرر في الأحوال التي يبينها القانون. ولئن كانت الضريبة العامة تتفق في خضوعها للدستور مع غيرها من الأعباء المنصوص عليها في المادة ٣/١١٩ من الدستور<sup>(١)</sup>؛ إلا أن دائرة تطبيق الضريبة العامة، هي إقليم الدولة في كافة الأجزاء التي يتكون منها والتي تشكل جميعها وحدة جغرافية في مجال تحديد النطاق المكاني لسريان الضريبة العامة.

(١) تنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١١٩ من الدستور على ما يأتي:

إنشاء القوانين العامة وتحصيلها وإلغائها لا يكون إلا بقانون ولا يعنى أحد من ألقاها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

وتنضم فقرتها الثالثة بالآتي: "لا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب أو الرسوم إلا في حدود القانون".

١٧٤- وهذه الضريبة العامة التي لا يجوز فرضها ولا إلغاؤها ولا تعديلها إلا بقانون، هي التي قدر المستور أهميتها بالنظر إلى خطورة الأثار التي ترتبها في العلائق القانونية على اختلافها، وعلى الأخص ما نطق منها بمعدل للتنمية وضمنان وسائل تحقيقها؛ وتنفق فرص الاستثمار أو نقلها أو تراجعها؛ واستقرار الأسعار أو تقلبها بصورة حادة؛ وإمكان إيجاد فرص جديدة للعمل أو الحد منها؛ واطمئنان رأس المال للخاص لمعقولة الأعباء التي يجوز أن يتحمل بها، أو إرهابها لوجوده؛ أو إنهاؤها لدوره؛ ونقل الأموال التي يصيبها أصحابها في السوق أو انكماش حركتها؛ ووفرة الأموال التي تنفقها الدولة على مشروعاتها ومرافقها، أو ندرتها؛ وزيادة التكلفة الإجمالية للسلع أو توازنها؛ واتصال التجارة بأسبابها أو انقطاع جريانها؛ وضوم قيمة العملة أو ثباتها أو ارتفاعها؛ إلى غير ذلك مما يتصل بعوامل الإنتاج وبراء الأسواق وانفتاحها بأقل القيود عليها.

١٧٥- ولا كذلك الضريبة غير العامة، إذ هي ضريبة محلية يقتصر نطاق تطبيقها على جهة بذاتها من الرقعة الإقليمية للدولة؛ فلا يتحدد المخاطبون بها في غير إطار الدائرة الجغرافية المكانية التي بينها القانون المرخص بفرض الضريبة دون غيرها. ويقتصر هذا القانون على بيان العريض من شؤون هذه الضريبة، فلا يحيط بها في كل جزئياتها، وإنما يفوض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانبها. وهو بذلك يخولها دوراً في تنظيمها قد يكون ثانوياً في أبعاده، إذا انحصر نطاق التفويض الصادر لها في حدود ضيقة.

وقد يكون دور السلطة التنفيذية في تحديد بنين الضريبة المحلية خطيراً إذا فوضها القانون في تحديد الأهم من عناصرها. وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تبطل كل تفويض في تنظيم الضريبة المحلية إذا صدر عن السلطة التشريعية تنصلاً منها عن واجباتها في ضبط الأهم من شئونها. ذلك أن الضريبة في أشكالها المختلفة، تمس المصالح العريضة للمواطنين. ولئن جاز القول بأن الضريبة العامة لفتح عينا من الضريبة المحلية بالنظر إلى اتساع دائرة تطبيقها وتطبيقها بالولقة التي أنشأتها أيا كان مكان تحققها؛ إلا أن الضريبة المحلية تظل في دائرة تطبيقها، عينا مالياً على المكلفين بها لا يجوز التقليل من آثاره.

### الفرع الثاني

#### خضوع الأعباء المالية جميعها لضوابط العدالة الاجتماعية

١٧٦- وسواء تعلق الأمر بالضريبة العلة أو بالضريبة المحية، فإن قيدا دستوريا هاما يحيط بها، هو أن يكون قدر إسهام المواطنين في التحمل بعينها متوازنا، ومنصفا. فلا يشق فرضها على بعضهم بما يجاوز قدرتهم على إيفائها، أو بما يتمحض عن مصادرة للأموال محلها، أو يقيم تمييزا غير مبرر في مجال الخضوع لها.

وهذا القيد -وعلا بنص المادة ٣٨ من الدستور- هو قيد العدالة الاجتماعية كأماس لتنظيم الضريبة على تباين صورها، سواء تعلق الأمر بتحديد وعائها أو بمعدلها؛ أو بضوابط أدائها؛ أو بالجزاء على مخالفة أحكامها.

ولا يجوز القول بالتالي بأن غلو الضريبة؛ أو لفتقارها إلى الضوابط الكافية لتحديد؛ أو إلى الصلة المنطقية بين الأموال محلها والملتزمين بأدائها؛ أو إلى ضرورة تحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها نافيا لتحيفها؛ من المسائل التي لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تقحم نفسها فيها، إذ هو من صميم رسالتها.

ذلك أن الدستور وإن نص في المادة ٦١ على أن يكون الوفاء بالضريبة واجبا وطنيا، إلا أن شرط التقيد بالضريبة والنزول على حكمها، هو أن يكون فرضها واقعا في الحدود التي يتطلبها الدستور، سواء تعلق الأمر بالأوضاع الشكلية للضريبة -كإفراغ الضريبة العامة في قانون- أم بضوابطها الموضوعية التي تنصدها العدالة الاجتماعية التي ينافيها التحكم.

فلا يستبد المشرع بسلطته التقديرية في مجال فرض الضريبة، وعلى الأخص من خلال تمييز غير مبرر بين المكلفين بالضريبة، أو عن طريق تنظيم يكون في مده أدخل إلى المصادرة، سواء تعلق الأمر بالضريبة المباشرة أو غير المباشرة<sup>(١)</sup>.

(١) تعتبر الضريبة على التركات في الدول التي تفرضها -رئيس من بينها مصر بعد إلغاء العمل بها- ضريبة غير مباشرة، لأنها لا تنطبق بملكية الأموال، بل بولاعة لنقلها من المورث إلى ورثته.

١٧٧- وفي إطار العدالة الاجتماعية، ترتبط دستورية الضريبة بخصائص بنيانها، وبما توخاه المشرع من خلال فرضها، كإضافتها إلى موارد الدولة كي تمكنين بها على مواجهة نفقاتها، خاصة ما تعلق منها بإيفاء ديونها أو بالعمل على تحقيق الرخاء للعام لمواطنيها.

فلذا لم يكن فرض الضريبة لصالحهم، بل كان تفضيلاً لفريق منهم على آخر إرهاباً لنشاط بعضهم المشروع دون معو، فإنها تكون مخالفة للمعقور. وتظل الضريبة مصدراً للإيراد  
A revenue measure ولو خالطتها أغراض تنظيمية حقتها من خلال معدلها<sup>(١)</sup> The rate  
structure.

### الفرع الثالث

#### حققة الضريبة العامة وصحيح تكيفها

١٧٨- وللضريبة في صحيح تكيفها -على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها إسهاماً من جهتهم في تكاليفها العامة. وهم يدفعونها لها بصفة نهائية، وبدون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحمل بها. فلا تقابلها خدمة محددة بذاتها، يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها. ومن ثم كان فرضها مرتبطاً بمقدرتهم التكليفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بمناسبةها، وإلا كان ذلك خلطاً بينها وبين الرسم، إذ يُستحق مقابل نشاط خاص أثناء للشخص العام -وعوضاً عن تكلفته- وإن لم يكن بمقدارها<sup>(٢)</sup>.

وهذه الضريبة هي التي لا يتعلق سريانها بجزء من إقليم الدولة. ذلك أن نطاق تطبيقها يشمل إقليمها بكل مكوناته، ليتعادل الممولون جغرافياً في مجال الخضوع لها، وإن تفاوتوا فيما بينهم، فلا يكون مبلغها واحداً لجميعهم ولا كذلك الضريبة غير العامة، إذ هي ضريبة محلية

(١) Mc Cray v. United States 195 U.S. 27 (1904).

فلو أن المشرع فرض ضريبة تحقق مورداً إضالياً للدولة، وكان لها ذلك -من خلال سعرها الأعلى- أثر على نشاط قائم بما يرهق مباشرته، فإن الضريبة حتى مع تحقق هذا الأثر الجبى، تظل مصدراً للإيراد.

(٢) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦٩٦/٢/٣- قاعدة رقم ٢٢ ص ٤١٣-٤١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ينحصر نطاق سرياتها ويتحدد المخاطوبون بها في دائرة بذاتها من إقليم الدولة. وفي نطاق هذه الدائرة وحدها، يتكافأ المخاطوبون بها في مجال الخضوع لها<sup>(١)</sup>.

### الفروع الرابع

#### الضريبة من جهة أثارها الأصلية والعرضية

١٧٩- الأصل أن يتوخى المشرع من خلال الضريبة التي يفرضها، غرضين:

أحدهما: يكون مقصوداً من الضريبة أصلاً وابتداء Primary Motive ويتمثل في حصول الدولة على غلتها لتصبها في الخزنة العامة، بما يعينها على مواجهة نفقاتها.

وثانيهما: مقصوداً منها بصفة عرضية أو جانبية أو غير مباشرة Incidental Motive بالنظر إلى تدخل المشرع بها ليس فقط لتحقيق أغراض الجباية المقصودة منها -أصلاً- وإنما كذلك لحمل المكلفين بها -من خلال عبئها- إما على التخلي عن نشاطهم الموثم جانبياً كالتجارة في المواد المخدرة؛ أو إرهاب مباشرتهم لنشاط معين بالنظر إلى طبيعته الاستهلاكية أو الترفية أو مضافاته للقيم الخفية، كعرض ضريبة باهظة على الأفراح للتي تقام في الفنادق، أو على استيراد بعض السلع التي لا يطلبها غير الأثرياء كالكاكاو؛ أو على أعمال الرهان والمقامرة.

١٨٠- وقد تتقدم الآثار العرضية للضريبة، أهدافها المالية. وقد تكون حصيلة الضريبة هي الاعتبار الأهم في مجال فرضها. وتظل الآثار العرضية للضريبة واقعة في الحالتين في نطاق وظيفتها التنظيمية، ولا تتناقض بالتالي شرعيتها الدستورية.

وينبغي أن يقابل حق الدولة في اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها، وإجراء ما يتصل بها من آثار عرضية، بحق الملتزمين أصلاً بها، والمسؤولين عنها، في تحصيلها وفقاً لأسس موضوعية يكون إنصافها نافياً لتحفيها، كإلغاء حيدتها واعتدالها<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ١٩٦/٢/٣- قاعدة رقم ٤/٢٣ ص ٤٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة، والقضية رقم ١٦ لسنة ١٢٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/١١/٢٣- قاعدة رقم ١٣ ص ١٩٠ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٢٢- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ ص ٤٠٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وقد يتوخى المشرع بالضريبة تحقيق مصلحة غير مالية، كذلك التي تتعلق بتأمين للصناعة الوطنية وضمان انتعاشها من خلال أسوار الحماية الجمركية التي يقومها حولها بما يكفل تشجيعها وترويجها. وقد يجرم المشرع -لحماية الصناعة الوطنية- كل إخلال بالنظم المعمول بها في شأن السلع الممنوع استيرادها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الخامس الضريبة والاستثمار

١٨١- يرتبط معدل الاستثمار في بلد معين، بالقواعد التي يحيط بها حوافزه ومزاياه وضماناتها، وقدتر الأرباح التي يحققها، وإمكان تحويلها إلى الخارج.

وكما كان من شأن القواعد التي فرضها المشرع على رموس الأموال الوطنية والأجنبية، إخضاعها لأوضاع جديدة تلحق باستثمارها أضراراً وخيمة، كاعتصار أرباحها من خلال الضريبة؛ كان تدخل المشرع على هذا النحو حائلاً دون تنفقها أو تراكمها، خاصة وأن المزايا التفضيلية التي وفرها المشرع لهذه الأموال من قبل، هي التي جذبتها ونقلتها إلى مصر من البلدان الأجنبية. فلا يجوز أن ينقض المشرع هذه المزايا، بعد أن ارتبط الاستثمار بوجودها؛ ولا أن يقابلها بأعباء يوزنها بها، خاصة كلما قام الدليل على جريان قوانين الاستثمار على تعاقبها، على ضمان هذه المزايا بالصورة التي هي عليها<sup>(٢)</sup>.

فضلاً عن أن المزايا التفضيلية التي كفلها المشرع لرموس الأموال العربية والأجنبية، غابتها استئثار اهتمام أصحابها بأوضاع الاستثمار في مصر لضمان تنفقها إليها، ودون ما قيود قد ينوء بها نشاطها. فإذا كان من شأن تقليص هذه المزايا، تصفية هذا النشاط، فإن رموس الأموال تلك لن تبقى في مصر، بل يعاد تصديرها منها. وعلى الأخص كما كان من شأن الضريبة

(١) القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- قاعدة رقم ٨/١٧ ص ١٦١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. وأنظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٦/٢/٣- قاعدة رقم ٢٣ ص ٤٣٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٧ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٣ مايو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٠ ص ٥٩٧ من الجزء الثامن.

تقويض التفاضل المشروع بين القطاعين العام والخاص فلا يقوم المشروع الخاص إلى جوار المشروع العام بما يحقق تكاملهما.

ولا يتكافأ في فرص تسويق منتجيهما. بل يحتل المشروع العام بفرص أكبر وبمزايا أعمق تزيد بها مخاطر الاستثمار الخاص، لينقلب متراجعا أو خاسراً<sup>(١)</sup>.

وإذا كان الأصل ألا تخرج الأعمال المباحة من دائرة التعامل، فإن فرض ضريبة لمنع المغالطين بها من ولوج بعض الأعمال الجائزة أصلاً، يحلها إلى نشاط محظور بالمخالفة للدمستور.

ولا يجوز بالتالي فرض ضريبة تتقيا إرهاب نشاط معين بغیر مبرر، ولا مصادرة حرية الفرد في اختيار الطريق الأفضل لاستثمار أمواله. ذلك أن الحرية الشخصية تفترض إرادة الاختيار، والتي تدرج حرية التعاقد تحتها بالضرورة<sup>(٢)</sup>.

### الفرع السادس

#### الملتزمون بالضريبة والمسئولون عنها

١٨٢- يعتبر ملتزماً أصلاً بالضريبة من تتوافر بالنسبة إليه الواقعة التي أنشأتها، والتي يتمثل عنصرها في المال المتخذ وعاء لها -وهو العنصر الموضوعي في الضريبة- ثم في وجود علاقة بين هذا المال وشخص معين -وهو العنصر الشخصي في الضريبة- ليكون اجتماع هذين العنصرين معاً، مُظهرًا للالتزام بالضريبة من خلال تطبيق المشرع لظروفها الموضوعية والشخصية.

ولا يكون الشخص مسئولاً عن الضريبة، إلا إذا كان وفاءه بها تابعاً للالتزام الأصلي بأدائها، ليبقى بوجوده ويزول بانقضاءه. وشرط ذلك أن تتوافر علاقة عضوية بين المسئول عن

(١) القضية رقم ٨٧ لسنة ٢٠ قضائية دستورية -جلسة ٦ مايو ٢٠٠٠- قاعدة رقم ٦٥- من ٥٤٩- ٥٥١ من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩/٧/١٩٩٦- قاعدة رقم ٤- من ١٠٥ من الجزء الثامن.

الضريبة من جهة، وبين المال المتخذ وعاء لها من جهة أخرى. فإذا انتفت هذه العلاقة، فليس ثمة مسئول عن الضريبة<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن ينتقل المشرع صلة يتوهمها، بين المسؤولين عن الضريبة، والمال المحمل بعينها، ولو كان إحداه لهذه الصلة بقصد ضمان إيفاء الضريبة في مواعدها، وتيسير تحصيلها. وعلى الأخص كلما فرض المشرع الضريبة على قيم أوراق مالية لم تعد للجهة التي أصدرتها صلة بها، بعد نقلها ملكيتها إلى آخرين يتداولونها بأنفسهم، ويحصلون منها على نواتجها<sup>(٢)</sup>.

### الفرع السابع

#### أدلاؤها

١٨٣- الضريبة التي يكون أدلاؤها واجبا وفقا للقانون - وعلى ما تقتضى به المادة ٦١ من الدستور - هي التي تتوافر لها قوابلها الشكلية، ويقوم تنظيمها على أسس موضوعية تقتضيها، وتبرر بمضمونها فرضها على المخاطبين بها، وبشرط أن تكون العدالة الاجتماعية إطاراً لها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور. وليس للمشرع أن ينقض الشرائط التي يتطلبها الدستور لاقتضاء الضريبة. فإن هو فعل، بأن طبقها قبل نشر القانون الخاص بها في الجريدة الرسمية، أو أخل بموجباتها؛ كان فرضها على المخاطبين بها تحميلاً لأموالهم بخير حق - بعينها، بما يرتد من قبلها عليهم بقدر مبلغها، ويذال من الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة<sup>(٣)</sup>. كان اقتضاؤها مخالفاً للدستور.

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٢/٣ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ١٤٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١١٠ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١١٠ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١٢٠١ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٥ - قاعدة رقم ١٣ - ص ٩٥ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

كذلك لا يكون أداء الضريبة واجباً وفقاً للقانون إذا توافر منط استحقاقها في مجموع من المواطنين، ولكن المشرع أعفى بعضهم من عنها دون مسوغ<sup>(١)</sup>.

ويعتبر أصل الحق في الضريبة المتنازع على شروط تطبيقها، أو على قدر مبلغها، مطروحاً على المحكمة الدستورية العليا بقوة النصوص الدستورية ذاتها، لنقول كلمتها في شأن اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

فإذا بان لها أن الضريبة تقتدر إلى قوالها الشكلية، أو لا تتوافر لها ضوابط محايدة تنظمها العدالة الاجتماعية؛ فإن أداءها لا يكون واجباً وفقاً للدستور.

### الفرع الثامن

#### رجعيتها

١٨٤- من المقرر أن القوانين الضريبية لا تعتبر بطبيعتها قوانين جزائية؛ ولا هي تعسبل من الآثار التي ترتبها العقود فيما بينها. ولكن الدولة تلجأ إليها باعتبارها من الوسائل التي تحقق من خلالها قدرًا من التوازن بين أعبائها المالية التي تملوها التكلفة الكلية لنفقاتها من جهة؛ وبين هؤلاء الذين يفيدون أكثر من غيرهم من خدماتها، فلا يكون إسهامهم في هذه التكلفة بقدر طاقتهم. غير إيفاء لنصبيهم فيها.

وإذا كان المواطنون معاملين على قدم المساواة في مجال أداء الضريبة المكلفين بدفعها، وليس لأحد حصانة تعفيه من أدائها إلا في الأحوال التي بينها القانون، ووفق ضوابط موضوعية لا تقم في مجال تطبيقها تمييزاً بين المخاطبين بها؛ فإن رجعية الضريبة لا تنل في ذاتها على مخالفة حكمها للدستور، وهو ما قرره المادة ١٨٧ من الدستور التي تجيز للرجعية في غير المواد الجنائية، بموافقة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم.

على أن رجعية الضريبة وإن اقتضتها أحياناً -وبالرغم من خطورة الآثار التي تحدثها في محيط العلائق القانونية- مراجعة الدولة لقوانين ضريبية سابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، ويقصد توزيع أعبائها من جديد بما يكفل الموازن الدقيقة لعدالتها؛ إلا أن رجعية الضريبة

(١) القضية رقم ٤٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٩ - قاعدة رقم ١٩ ص ١٦٦-١٦٣ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

يناهضها أن يكون قانون الضريبة منعطفا بأثره الرجعى إلى صور من التعامل اكتمل تكوينها قبل صدوره؛ وكان المكلفون بأدائها قد تعذر عليهم توقعها قبل نفاذ تصرفاتهم هذه فى حق أطرافها؛ وإنما باعتهم بها السلطة التى فرضتها، بما يجعل اقتضاءها منهم منافيا لدلالتها الاجتماعية، وهى أساس نظامها وفقا لنص المادة ٣٨ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وإذ تنفرد السلطة التنفيذية دوما فى مجال ممارستها لاختصاص فوض إليها، بشروط هذا التفويض وحدوده؛ وكان تقرير أثر رجعى للقواعد القانونية جميعها سواء فى ذلك ما تقره السلطة التشريعية منها، أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية- لا يجوز أن يفترض، وذلك بالنظر إلى خطورة الآثار التى تحدثها الرجعية فى محيط العلائق القانونية، وما يلابسها فى الأعم من الأحوال- من إخلال بالحقوق واستقرار التعامل؛ وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يخول السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التى يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يمنحها الاختصاص بتقرير رجعيته دون سند من نصوص التفويض ذاتها؛ فقد صار لازما إبطال الأثر الرجعى لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يخولها -بالنصوص التى تضمنها- هذا الاختصاص<sup>(٢)</sup>.

### الفرع التاسع

#### مدى جواز اقتضاء الضريبة قبل نشر القانون المتعلق بها

١٨٥- إذ كان لكل ضريبة سواء فى ذلك تلك التى يكون زمامها بيد السلطة التشريعية، أو التى تعهد بفرضها إلى السلطة التنفيذية- بنيان يتناول عناصرها التى يندرج تحتها أسس تقدير وعائها، ومبلغها، والمكلفون أصلا بأدائها، والمسؤولون عن توريدها، وقواعد ربطها وتحصيلها، وغير ذلك مما يتصل بها؛ وكان إعمال النصوص القانونية التى تنظمها يفترض نشرها لضمائم علانيته ونزوع أحكامها، واتصالها بالمخاطبين بها، واستتاع القول بجهلهم بها؛ وكان حملهم قبيل نشرها على النزول عليها -وهم من الأغيار فى مجال تطبيقها- مؤداه الإخلال بحقوقهم التى كفلها

(١) "مسنورية عليا" - القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ ق "مسنورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٨٨ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١٢٠٠ من الجزء الثامن

(٢) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية "مسنورية" - جلسة ٢٧/٢-١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٦ ص ١١٩٩-١٢٠٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة

الدمستور؛ فقد تعين القول بأن القاعدة القانونية التي لا تنشر لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها؛ ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها وفقاً للدمستور.

ذلك أن تطبيقها في شأن المخاطبين بها قبل اتصالها بعلمهم، مؤداة مدامتهم بضريبة تنفقو إلى قولها الشكلية، فلا يلتزم هذا التطبيق ومفهوم دولة القانون، وإنما تنقصد الضريبة صفتها الإلزامية، فلا يكون لها من وجود<sup>(١)</sup>.

### الفرع العاشر

#### التفويض في فرضها

١٨٦- تمايز المادة ١١٩ من الدمستور بين الضريبة العامة التي لا يجوز فرضها ولا تعديلها ولا إلغاؤها إلا بقانون<sup>(٢)</sup> من جهة؛ وغير الضريبة العامة من الفرائض المالية التي يجوز فرضها في حدود لقانون من جهة أخرى.

وغير الضريبة العامة من الفرائض المالية، هي التي عنتها الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدمستور، التي يتعين تكييفها بوصفها نص خاص في مجال تطبيقها، يخول السلطة التشريعية أن تفوض رئيس الجمهورية أو أية سلطة إدارية أخرى في فرضها، ودون أن يتقيد المفوض في ممارسته للسلطة التي فوض فيها بغير الشروط والأوضاع التي حددها قانون التفويض.

ومن ثم لا يتقيد التفويض المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدمستور، بالضوابط التي حددتها المادة ١٠٨ من الدمستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية -دون غيره- في مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية، وعند الضرورة.

وإنما شأن التفويض المقرر بالفقرة الثانية المشار إليها، شأن التفويض المخول للسلطة التنفيذية بنص المادة ٦٦ من الدمستور، التي تخول للمشرع أن يعهد إلى السلطة التنفيذية بأن تحدد

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/١/٣ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٥٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) لا تعتبر ضريبة عامة، الضريبة التي يفرضها المشرع في نطاق الدائرة الجغرافية للمنطقة الحرة ببورسعيد، بل تعتبر من قبيل الأعباء المحلية التي عنتها الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدمستور، والتي يكفي لفرضها أن يكون في حدود القانون.

بنفسها بعض ملامح التجريم وعقوباتها، فكلاهما نص خاص أوردته الدستور متضمنا تنقيح العام، فلا يكون دلتراً في إطاره<sup>(١)</sup>.

### الفرع الحادي عشر

#### أوجه إنفاقها

١٨٧- يحكم الضريبة العامة أمران لا ينفصلان عنها، بل تتحدد دستوريتهما على ضوءيهما معا: أولهما: أن الأموال التي تجبها الدولة من ضرائبها ورسومها وغير ذلك من مكوسها، وثيقة الاتصال بوظائفها الحيوية، وبوجه خاص ما تطلق منها بتأمين مجتمعتها والعمل على تطويره. ويقتضيها القيام على وظائفها هذه، أن توفر بنفسها -من خلال الضريبة وغيرها من الموارد- المصادر اللازمة لتمويل خططها وبرامجها.

فإذا عن لها إيقاع ضريبة على مال معين، كان عليها أن تلجأ إلى السلطة التشريعية بوصفها أداة فرضها في نطاق ولايتها التي حددها الدستور.

وربما كان تقرير الضريبة أو تعديل بنياتها من أكثر مهامها خطراً واتصالاً بالجنور التاريخية التي تربط بين الطبيعة التمثيلية للمجالس النيابية، واختصاصها بفرض الضريبة -كما كان نوعها- على مواطنيها No taxation without representation.

على أن اختصاص السلطة التشريعية بفرض الضريبة وغيرها من المكوس، لا يمنعها من أن تقرر بنفسها الضوابط التي تهيم بها على كيفية إنفاق الأموال التي جمعتها الدولة من ضرائبها ومكوسها وإتاواتها، وغير ذلك من الموارد التي تصبها في خزائنها العامة، لتنفذ كل منها ذاتيتها -بإنمائها مع بعضها-، فلا تكون جميعها إلا نهرًا واحدًا لإيراداتها الكلية Consolidated Funds.

(١) للنص العام هو نص المادة ١٠٨ من الدستور. وهو نص تنقيح في مجال الضريبة، الفترة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور.

أنظر في ذلك القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ٨٩٩١/٢/٧- قاعدة رقم ٨٦ ص ١١٩٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ومن خلال رقابة السلطة التشريعية على هذه الموارد في جملتها، وربطها بمصارفها، تعمل هذه السلطة على تنفيذ سياستها المالية التي لا يجنح معها الاقتصاد نحو أعاصير لا تؤمن عواقبها، ويوجه خاص في نطاق العمالة، وضمان الاستقرار الأسعار، وتحقيق معدل معقول للتنمية، وكذلك ضمان حد أدنى لمواجهة أعباء الحياة. وعلى السلطة التنفيذية أن تنزل على الضوابط التي فرضتها عليها السلطة التشريعية في مجال الإنفاق العام. فلا تنتقضها أو تعدلها بإرادتها المنفردة، ولو واجهتها ضرورة تقتضيها أن تنفق أموالاً غير مدرجة في الميزانية، أو زائدة على تقديرها.

ثانيهما: أن الضريبة العامة -وبغض النظر عن جوانبها التنظيمية التي تعتبر من آثارها العرضية غير المباشرة- لا تزال مورداً مالياً. بل هي كذلك أصلاً وابتداءً.

ومن ثم تتضافر مع غيرها من الموارد التي تستخدمها الدولة لمواجهة نفقاتها الكلية -سواء في ذلك تلك التي يكون طابعها منتظماً أو طارئاً- فلا ينفصل حصولها على تلك الموارد عن توجيهها إلى مصارفها التي تكفل تحقيق أكبر منفعة جماعية لمواطنيها.

ومن ثم يكون ربط الموارد في جملتها، بمصارفها تفصيلاً، وإحكام الرقابة عليها، شرطاً جوهرياً والزاماً دستورياً يكفل ضبط مالية الدولة، وإفلاق مواردها في الأغراض التي رصدتها السلطة التشريعية عليها؛ ويصون توجيهها لتحقيق النفع العام لمواطنيها وفقاً للقانون. فلا تكون أغراض التمويل إلا قيداً على السلطة القائمة على تنفيذ قانون الميزانية، بقارنها ولا يفارقها؛ وحداً من الناحية الدستورية على ضوابط إفلاق المال العام.

ولا يعنى ما تقدم أن للدولة لا تستطيع تحويل بعض مواردها إلى الجهة التي تراها، لتعنيها بها على النهوض بمسئوليتها وتطوير نشاطها، بل يجوز ذلك بشرطين:

أولهما: أن تكون الأغراض التي تقوم عليها هذه الجهة وفقاً لقانون إنشائها وثيقة الاتصال بمصالح المواطنين في مجموعهم، أولها أثر هام على قطاع عريض من بينهم، مما يجعل دورها في الشؤون التي تعنيهم حيوية. -

ثانيهما: أن يكون دعمها مالياً مطلوباً لتحقيق أهدافها. على أن يتم ذلك -لا عن طريق الضريبة التي تفرضها السلطة التشريعية ابتداءً لصالحها لتعود إليها مباشرة عليها- وإنما من

خلال رصد ما يكتنيزها بقانون الموازنة العامة، وفق القواعد التي نص عليها الدستور، وفي إطار الأسس الموضوعية التي يتحدد مقدار هذا الدعم على ضوءها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني عشر

#### الضريبة والزكاة

١٨٨- الزكاة غير الضريبة. فالزكاة فرضتها النصوص القرآنية التي لا يجوز تعديلها أو العدول عنها. وذلك خلافاً للضريبة التي يجوز النظر في قانونها، وتغيير بنيتها، بل وإلغاؤها. فضلاً عن أن الزكاة من الأركان التي لا يقوم الدين بدونها. ودائرة تطبيقها تغاير نطاق الضريبة وشروط سريانها والمكلفين بها.

وما تتوخاه الزكاة هو أن تقدم العون للذين يحتاجونها، وهو ما يميز بينها وبين الضريبة التي ترد في مصدرها المباشر إلى القوانين الوضعية، والتي لا تفرضها الدولة أصلاً إلا بقصد تنمية مواردها التي تواجه بها نفقاتها.

ولأن الضريبة والزكاة مختلفتان من كل الوجوه، فإن تحملهما معاً لا يناقض الدستور<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثالث عشر

#### ربط الضريبة بالدخل كأصل عام

١٨٩- لا تقتصر الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة، على صorr بذاتها من الأموال دون غيرها. ولكنها تسعى جميعها دون تمييز. وكلما فرض المشرع ضريبة على رءوس أموال المكلفين لها بما يجتهد أو يقلصها إلى حد كبير، كان ذلك عدواناً عليها بما يضر جـها بتمامها.

(١) القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤٠ - ص ٦٣٠ - ٦٣٩ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

أنظر كذلك القضية رقم ٨٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٢/٧/١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٠ - ص ١١٤١ - ١١٤٤ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٩/٧/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

أو في كثير من أجزائها من أيديهم. فلا تكون الضريبة بذلك إسهماً منطقياً من المستثمرين بأدائها في تحمل نصيبهم العادل من الأعباء العامة، وإنما تنحل إلى مصادرة لأموالهم ولو بصفة جزئية.

كذلك فإن فرض ضريبة على رعوس الأموال ذاتها، موداه تأكلها، فلا تتجدد روافدها لبناء قاعدة اقتصادية أعرض. ويتعين بالتالي أن يكون الدخل -وأيما كان مصدره- قاعدة للضريبة بالنظر إلى الصلة المنطقية بين الدخل والمقدرة التكلفة للممول. فلا يكون الدخل إلا مصدراً طبيعياً للضريبة، وشرطاً مبدئياً لعدالتها، وأصلاً في وعائها<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك الضريبة التي يفرضها المشرع على ما يؤول إلى الورثة من الحقوق المالية التي خلفها مورثهم بعد توزيعها عليهم وفقاً لأصبتهم المقررة في الشرع. ذلك أن فرضها ينحل إلى القطع لجزء من أصبتهم هذه التي فرضها الله تعالى ليظل مقدارها ثابتاً، باعتبارها من حدوده التي لا يجوز لأحد أن يقربها وإلا كان باغياً. ولا يجوز بالتالي أن تقاسمهم الدولة -من خلال ضريبة الأولولة التي فرضتها على أصبتهم تلك- في حقوق اختصهم الشرع بها، وقصرها عليهم<sup>(٢)</sup>.

وتبطل الضريبة التي يفرضها المشرع على رعوس الأموال، كلما كان سريلها في شياهاً منتهياً إلى امتصاصها، وعلى الأخص إذا استطلت زمن تطبيقها، وأظلتها أغراض الجباية بتوجيهها إليهم. كأن يفرضها المشرع على قيم مالية لم تصدر صكوكها بعد، أو لم يجر تسليمها لأصحابها<sup>(٣)</sup>.

(١) الحكم السابق من ١٠٨ و ١٠٩ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٢٨ لسنة ٢٥ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٨/١٢/٥- قاعدة رقم ١٣ - ص ١٠٢ - ١٠٣ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

(٣) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٨ - ١١٠ من الجزء الثامن.

ولأن الدخل في مصادره المختلفة يشكل وعاء رئيسياً للضريبة؛ فإن الضريبة على رعون الأموال لا يجوز فرضها إلا استثناء، وفي حدود ضيقة، ولفترة قصيرة، وكضرورة ملحة، وبما لا ينال من وعائها، سواء في كل أجزائه، أو معظم جوانبه<sup>(١)</sup>.

#### الفروع الأربع عشر

#### العدالة الاجتماعية كقيد يحكم الضريبة وغيرها من الأعباء المالية

١٩٠- لأن كان نص المادة ٣٨ من الدستور قد أتى بالعدالة الاجتماعية كقيد على النظم الضريبية على اختلافها؛ إلا أن الضريبة تمثل في كل صورها، عينا ماليا على المكلفين بها، شأنها في ذلك شأن غيرها من الأعباء التي انتظمتها المادة ١١٩ من الدستور، كالرسوم.

ويتعين بالتالي -وبالنظر إلى وطأتها وخطورة تكلفتها- أن يكون العدل من منظور اجتماعي، مهيئاً على صور الأعباء المالية جميعها؛ محدداً الشروط الموضوعية لاعتضانها؛ نائياً عن التمييز بينها دون مبرر.

فذلك وحدة ضمان خضوعها لشرط الحماية القانونية المتكافئة التي كفلها الدستور للمواطنين جميعهم في شأن الحقوق عينها، فلا تحكمها إلا مقاييس واحدة لا تتفرق بها ضوابطها<sup>(٢)</sup>.

ولم يحدد الدستور ما قصده بالعدالة الاجتماعية التي أقام عليها النظام الضريبي؛ وإن ظل واضحاً أن مفهوم العدل لا يتحدد أصلاً إلا من منظور اجتماعي باعتباره متوخا التعبير عن تلك القيم الاجتماعية التي لا تنفصل الجماعة في حركتها عنها، والتي تبلور مقاييسها في شأن ما يعتبر حقاً لديها.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٤١ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. وقد صدر هذا الحكم في شأن الضريبة على الأرض الفضاء. وقررت المحكمة في مدونات حكمها، أن كل ضريبة يفرضها المشرع على رأس مال لا يخل دخلياً، وبطريقة دورية متجددة، ولفترة غير محددة مع زيادة حكومية، في قيمته التي تمثل وعاء الضريبة؛ ينطوي على عدول على الملكية الخاصة وينقض مفهوم العدالة الاجتماعية بالمخالفة لنص المادتين ٣٥ و ٣٨ من الدستور.

(٢) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٨٤ - ٣٨٥ من الجزء الثامن.

فلا يكون مفهوم العدل حقيقة مطلقة لا تبدل فيها؛ ولا ثابتاً باطراد؛ بل مرناً، ومتغيراً وفق معايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها.

وهو بذلك لا يدعو أن يكون نهجاً متوصلاً، منبسطاً على أشكال من الحياة تتعدد ألوانها، وازناً بالقسط تلك الأعباء التي يفرضها المشرع على المواطنين، فلا تكون وطأتها على بعضهم عدواناً. وإنما يكون تطبيقها فيما بينهم، إنصافاً لجموعهم؛ وإلا صار القالون منها للتوافق في مجال تنفيذه، وغداً إلغاه لازماً<sup>(١)</sup>.

وحقائق العدل الاجتماعي، هي التي تتحدد على ضوئها شروط اقتضاء كافة الأعباء المالية على اختلافها، سواء في ذلك ما اتخذ منها شكل الضريبة، أو ما كان منها في صورة رسم، أو كان قولها تكليفاً مالياً آخر. إذ تتبسط عليها جميعها مفاهيم العدل الاجتماعي التي تتحقق من خلالها الضوابط الموضوعية لفرضها وتحصيلها، بما يكفل إنصافها وخضوع المكلفين بها لحماية قانونية يتساوون فيها.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ الدولة من مفهوم الجباية، قاعدة تلتزمها لتوفر عن طريقها موارد لتوقعها، ولو أخرجتها بالفعل في ميزانيتها<sup>(٢)</sup>.

وليس لها كذلك أن تلاحق الممولين الخاضعين للضريبة، أو لغيرها من الأعباء المالية المنصوص عليها في المادة ١١٩ من الدستور، بفرائض مالية تكميلية يكون طلبها منهم مصادماً لتوقعهم المشروع.

ومن ذلك تحريها عن القيمة الحقيقية للعقل بعد تمام عملية الشهر واستكمال إجراءاتها، توطئه لإخضاع ما يظهر من زيادة في هذه القيمة لرسوم إضافية تباغتهم بها الجهة القائمة على

(١) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤ - ص ٢٨٤ من الجزء الثامن.

(٢) حق كل مواطن في أن تفرض عليه ضريبة يكون إنصافها ناعياً لتحفيها من الحقوق التي يكفلها له الدستور باعتبار أن هذا الحق هو الذي يوازن سلطة الدولة في تحصيلها لتغطية أعبائها ومواجهة نفقاتها.

تنفيذ قانون الضريبة. فلا يكون مقدارها معروفا سلفاً لديهم، ولا مثلاً في أذهانهم قبل الشهر، بل يتخذ طلبها منهم صورة المداخلة التي لا يعرفون معها لأقدامهم موقعها<sup>(١)</sup>.

### الفرد الخامس عشر

#### مستوريتها

١٩١- يفترض في الضريبة، وكذلك في أوجه إنفاق حصيلتها توخيها لفرض عام يحيط بها وتكون الضريبة مخالفة للمستور في الأحوال الآتية:

١. إذا كان فرضها مؤدياً إلى حمل المكلفين بها على الإدلاء بمعلومات عن نشاطهم قد تدينهم في تحقيق جنائي<sup>(٢)</sup> إذ لا يجوز بحكم الدستور حمل شخص على شهادة قد يدان بموجبها.
٢. إذا كان المقصود بالضريبة دعم عقيدة تتحاز الدولة لها، إضراراً بعقيدة تناوئها تحاملاً عليها. ذلك أن حرية العقيدة تنعدم الانفصال بين العقائد وتساويها في المعاملة القانونية؛ ولامتناع تقديم إحداها على غيرها، وحمايتها جميعاً في إطار شروط متساوية.
٣. إذا كانت الضريبة جزءاً لا يتجزأ من تنظيم أشمل وقع مخالفته للدستور، إذ تعتبر الضريبة في هذه الحالة، أحد عناصره الأساسية، لتسقط بمقطعه.
٤. إذا كان من شأن الضريبة إلحاق مخاطر جسيمة بفرض الاستثمار والانخار. تزيد من فرص التضخم ولا بدور من خلالها رأس المال من خلال التنمية الأعرض والأعمق، ولا تنهض بها العمالة فإن فرضها يكون مجاوزاً للحدود التي يكون بها أدلواها واجبا وفق القانون. ذلك أن

(١) انظر في ذلك نص البند (ج) من المادة ٢١ من القرار بقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية من طبق عليهم هذا البند خلال فترة نفاذه السابقة على العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتعديل قانون رسوم التوثيق والشهر. انظر في بطلان التقدير التكميلي لقيمة العقار، حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٢/٢٤ - ٣٨٣-٣٨٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) فالضريبة التي تفرض على الأرباح التي يحققها الاتجار في المواد المخدرة، تنطوي من المكلفين بها الإقرار بنشاطهم في مجال التعامل فيها، وقد أُرسلهم منها، بما يدينهم بجريمة الاتجار فيها.

العمل، والحق في التمتع، من الحقوق التي كفلها الدستور على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>.

٥. إذا كان هدفها مجرد ملاحقة الممولين بفرض مالية تصادم توقعهم المشروع. كإرض الضريبة على تصرفاتهم القانونية بعد نفاذ آثارها وانتقال الأموال محلها -وبصفة نهائية- إلى آخرين لتتخذ الضريبة -في هذه الصورة- شكل المداخلة التي تنقض على الممولين وتباغتهم<sup>(٢)</sup>.

٦. أن تتمحض الضريبة جزء غير مفهوم. فلو أن المشرع حظر استخدام الأطفال في المناجم إذا كانوا أقل من السن التي حددها، وإلا تعين على من يستخدمونهم أن يؤدوا إلى الدولة ١٠% من أرباحهم الصافية؛ وكان هذا الجزء متصلا بشروط العمل، وواقعا في كل الأحوال؛ وسواء أكان المستخدمون لهؤلاء الأطفال قد خالفوا الحظر المفروض عليهم مرة واحدة في شأن طفل واحد، وعلى مدار عام كامل؛ أم كان نكولهم عن هذا الحظر متصلا دون انقطاع بأطفال كثيرين، فإن الفريضة المالية التي ألزمهم المشرع بها، تفقد صلتها بالأعمال المخالفة التي ارتكبوها، وتتأصل معها. وفي ذلك خروج بها عن ضوابط الاعتدال بما يصممها بمخالفة للدستور<sup>(٣)</sup>.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية- جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٠ ص ٥٢٠ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٩٧ قضائية دستورية- ص ١٢٨٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٦٨ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٢ ص ١٤٥ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس. دستورية- جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٦٨ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٢ ص ١٤٥ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٣) Bailey V. Drexel Furniture Co., [Child Labour tax case] 259 U.S. 20 (1922).

تقرر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه القضية أنه طالما كانت الضريبة تنتج بعض الدخل، فليس لهذه المحكمة أن تتحرى بواحد المشرع من وراء فرضها، ولا أن تبحث في مدى تقييدها للنشاط المملع بعينها.

٧. أن مجرد زيادة سعر الضريبة، وإن كان لا يبطلها، إلا أن وطأة الضريبة لا يجوز أن تتجاوز بتقلها حدود معقوليتها، ولا أن تكسر أو تمتص جانباً جسيماً من وعائها، وإلا تعين الحكم بعدم دستورتها.

٨. لا يعتبر تأنيب المشرع لفعلاً بذواتها، وتقرير عقوبة مالية على مخالفتها، واقعاً في نطاق الضريبة، ولا هو من صورها. ذلك أن إيقاع هذه العقوبة تقرر كجزاء على إتيان أفعال أئتمها المشرع. فلا تكون هذه الأفعال إلا واقعة في نطاق التجريم لخروجها على الخط للفصل بين ما هو مباح، وما هو محظور.

٩. تفترض دستورية الضريبة، إلا إذا كان عوارها ظاهراً من وجهها. إذ يتعين فسي هذه الحالة أن تقم الدولة بنفسها للدليل على أن مصلحة قاهرة هي التي اقتضتها، وأن للتدخل بها فسي نطاق الأوضاع القائمة، كان في أضيق الحدود.

١٠. تبطل الضريبة إذا توخى المشرع من فرضها تحقيق أغراض يناهضها الدستور، كأن يفرض المشرع ضريبة باهظة تكون من أثرها الحط من تقدم القانون على اختلافها، بما يناهض ضرورة تشجيعها وتطويرها التي حض الدستور عليها.

١١. لا يعارض الدستور فرض ضريبة يكون هدفها ردع أو خفض النشاط المحمل بعينها، ولو كان إيرادها ضئيلاً Negligible، وذلك إذا لم يكن هذا النشاط مطلوباً Inimical، أو لا صلة له بالإسهام Unessential في تحقيق الرخاء العام<sup>(١)</sup>.

"It is axiomatic that the power of the congress to tax is extensive and sometimes falls within the crushing effect on businesses deemed unessential or inimical to the public welfare".

١٢. أن كل ضريبة يلبسها المشرع غير ثوبها ليخفي حقيقتها، يكون فرضها مخالفاً للدستور.

(١) See United States v. Kahriger, 345 U.S. 22 (1953)".

١٣. الوحدة الجغرافية للضريبة العامة التي يقتضيها مبرراتها على كامل أقليم الدولة بغض النظر عن فواصله الإدارية، لا تعنى وحدة عبئها في مجال تطبيقها على كل شخص من المكلفين بها<sup>(١)</sup>.

١٤. لا ينال من دستورية الضريبة أن تكون لها آثار جالبية، اقتصادية أو اجتماعية. ذلك أن كل ضريبة، حتى مع افتراض عدالتها، تزيد من تكلفة النشاط المحمل بها<sup>(٢)</sup>.

Almost any tax will achieve an ancillary effect by increasing the taxed activities for individuals or corporations.

١٥. تظل الضريبة التي اكتمل بنيناها وفقا للدستور، موافقة لأحكامه، ولو أساء المشرع استخدام حصيلتها. ذلك أن سلطة فرض الضريبة وضوابط دستورتيتها، تنفصل عن أوجه إنفاق إيراداتها في مصارفها المحددة لها بقانون الميزانية<sup>(٣)</sup>.

١٦. لا يجوز أن يكون الإغراق في أغراض الجباية هدفا يحدد للضريبة وجهتها، ويهيمن على تشكيل ملامحها، وعلى الأخص كلما كان عبؤها فلما<sup>(٤)</sup>.

١٧. يتعين أن ترتبط النصوص القانونية التي تنظم الضريبة، عقلا بأهدافها، وأن تحقق التوافق بين أهدافها ونصوص الدستور.

١٨. خوض جهة الرقابة على الدستورية في أغراض الضريبة، وثيق الصلة بتقييم بنائها على ضوء حقيقة أهدافها. وهي عين المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية في شأن دستورية الضريبة المتنازع عليها.

(١) Knowlton v. Moore, 178 U.S. 41 (1900).

(٢) Laurencé H. Tribe, *ibid.*, p. 319.

(٣) وقد جمع الدستور الأمريكي للفيديالي في مادة واحدة - في الفصل الثامن من مادته الأولى - بين اختصاص الكونجرس في فرض الضريبة من جهة؛ وسلطته في الإنفاق من جهة ثانية. ذلك أن هذه المادة تحوّل الكونجرس اختصاص فرض الضريبة وغيرها من المكوس، وكذلك تحصيلها من أجل الوفاء بالدين وتوفير الأموال اللازمة لأغراض الدفاع وتحقيق الرخاء العام.

(٤) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/١١/١ - قاعده رقم ٦٦ ص ٩٦٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١٩. توافق الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في شأن الضريبة، لا يفيد -ولو ضمنا- خلوها من مطالبها الموضوعية، ولا ينفي عنها بالضرورة تخفيفها وخروجها على ضوابط الاعتدال التي يوازن بها المشرع بين اتجاه الدولة أو سعيها لتنمية مواردها نهوضا بأعبائها؛ وبين حق المخاطبين بها في أن يقرر المشرع محلها وشروط اقتضاها، وفق معايير تنهيا بها للعدالة الاجتماعية -وهي قاعدة نظامها- أسبابها<sup>(١)</sup>.

٢٠. اختصاص السلطة التشريعية بتحديد أوجه إنفاق حصيللة الضريبة، دخولها كذلك تقرير الشروط التي يتم من خلالها هذا الإنفاق، بما يقيم صلة منطقية بين شروط إنفاق حصيللة الضريبة؛ والضوابط التي يتعين على السلطة التنفيذية التقيد بها في مجال تنفيذ قانون الميزانية.

٢١. لا يجوز فرض ضريبة على أموال ليس لها من صلة بالملتزمين أصلا بأدائها، ولا على أموال لم تعد بيد المسؤولين عنها. وإنما فرضها المشرع بعد خروجها من ذمتهم وانتقال ملكيتها إلى آخرين<sup>(٢)</sup>. ذلك أن المسؤولين عن الضريبة الذين أقامهم المشرع إلى جوار الملتزمين أصلا بها، وكلفهم بتوريد مبلغها إلى الخزنة العامة لضمان تحصيلها، والتقليل من نفقة جبايتها، لا يتحملون بها إلا إذا فصل المال محلها بأيديهم، حتى يقطعوا مبلغها من هذا المال ويقومون بتوريده.

٢٢. ولئن كان المسؤولون عن توريد الضريبة، لا يلتزمون أصلا بها، ويحسب تكليفهم بتوريدها تابعا لإلتزام المدين الأصلي بها، يبقى ببقله ويزول بانقضائه؛ إلا أن من حقهم النعس عليها مخالفتها للدستور إذا كان مبلغها يحد من نشاطهم ونطاق خدماتهم التي يؤدونها إلى الملتزمين أصلا بالضريبة. فقد يعهد أشخاص إلى بعض الفنادق بتنظيم حفلاتهم فيها مقابل مبالغ

(١) الحكم السابق من ٩٧٢-٩٧١.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤- ص ١٠٩- ١١٠ من الجزء الثامن. ويلاحظ أن ضريبة الدمغة المطعون عليها في هذه القضية كان محلها أوراق مالية أو حصص أو أنصبة أخرجتها الهيئة أو الشركة المصرية التي أصدرتها من ملكيتها، وذلك من خلال نقلها الحق فيها إلى آخرين. وقد اعترضت المحكمة أن صلة الشركة أو الهيئة المصدرة لهذه الأوراق أو الحصص أو الأنصبة، صلة رابعة فتحملها المشرع لضمان استيفاء الضريبة من المسؤولين عن توريدها ضريبة الدمغة، بالرغم من أن إصدار الشركة أو الهيئة لهذه الأوراق أو تلك الحصص أو الأنصبة، يفصلها عنها، فلا يكون لها بعد ذلك شأن بتداولها ولا بإيرادها.

يدفعونها وقد يفرض المشرع علي من يقيمون حفلاتهم هذه، ضريبة يعقلها مسن المبالغ التي يؤدونها إلي اللندق، بما يجعلهم بوصفهم ملتزمين أصلاً بدفعها. فإذا أقام المشرع - وإلى جانبهم - من يديرون هذه اللنداق أو يملكونها، وإلزامهم بتوريد تلك الضريبة إلى الخزنة العامة؛ فإنهم يكونون مسؤولين عن هذا التوريد.

وكما كان مقدار تلك الضريبة مجاوزاً حدود الاعتدال، أرق فرضها من يقيمون حفلاتهم في تلك اللنداق وحملهم على التخلي عن حفلاتهم هذه، فلا يكون دفاع أصحابها عن مصالح علائهم في ضريبة لا ترهقهم، غير دفاع من جهتهم عن مصالحهم الشخصية في أن تظل فلانقهم مفتوحة لمن يرغبون في تنظيم حفلاتهم بها وترتيبها<sup>(١)</sup>.

٢٣. لا يجوز أن تذرع الدولة بمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة، لتقرير جزاء على الإخلال بها يجاوز بمده أو بتمدد صوره، الحدود المنطقية التي يقتضيها صون مصلحتها الضريبية. ذلك أن الأصل في الجزاء -جنائياً كان أم مدنياً أم مالياً أم تأديبياً- أن يتعلق بأفعال بنواتها يعينها المشرع. فلا يكون الجزاء ملائماً إلا إذا كان متناسباً معها The principle of proportionality، ومتدرجاً بقدر خطورتها ووطأتها على المصالح العام؛ وإلا صار الجزاء ظوا غير مقبول. كذلك فإن تحدد صور الجزاء، وانصباها جميعاً على مال المدين -مع وحدة سببها- ينافي مفهوم العدالة الاجتماعية التي تقوم عليها النظم الضريبية جميعها، وينقص -دون مقتض- من العناصر الإيجابية للذمة المالية للمكلفين بالضريبة أصلاً، أو للمسؤولين عنها<sup>(٢)</sup>.

٢٤. الأصل في الضريبة، أنها فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً مسن المكلفين بإدائها بوصفها إسهماً من جهتهم في أعبائها وتكاليفها؛ وكان هؤلاء يدفعونها لها بصفة نهائية، وبغير أن تقابلها خدمة محددة يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها؛ وكان فرضها مرتبطاً بمقدار تكلفتهم، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بسببها، حتى لا تختلط الضريبة بالرسم الذي يستحق مقابل نشاط خاص أثناء الشخص العام، وعوضاً عن تكلفته، وإن لم يكن

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢ -ص ٣٩٢ وما بعدها

من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ٤٠٨ من الحكم السابق.

بمقتدرها؛ إلا أن الضريبة والرسم يتفان في خضوعهما معا وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- لضوابط العدالة الاجتماعية التي أقام الدستور عليها النظم الضريبية جميعها<sup>(١)</sup>.

٢٥. إذ نص الدستور على أن فرض الضريبة العامة وتعديلها وإلغائها لا يكون إلا بقلن، وأن الإعفاء منها يجوز أن يكون في حدود القانون؛ فقد دل بذلك أن صدور تفويض في شأن هذه الضريبة ينحصر في تقرير الإعفاء منها؛ وأن غير ذلك من أحكامها، لا تحدده غير السلطة التشريعية بنفسها. ولا كذلك غير الضريبة العامة من الأعباء العامة، إذ يجوز أن يحدد القانون إطارها، وأن تستكمل السلطة التنفيذية جوانبها في الحدود التي بينها القانون.

٢٦. لا يجوز لمنطقة إقليمية داخل الدولة الواحدة، أن تفرض ضريبة محلية تحد بها من تدفق التجارة إليها من منطقة إقليمية أخرى.

٢٧. يتعين في مجال تقييم دستورية الضريبة، للنظر إلى نوع وقدر الأعباء التي ألقتها على المخابطين بها -سواء كانوا ملتزمين أصلاً بها أو مسئولين عنها- وإلى قيام صلة حقيقية بين المال المحمل بعينها وهؤلاء المخابطين.

٢٨. مجرد حاجة الدولة إلى الضريبة لتنمية مواردها، لا يعتبر عنصراً قاطعاً في دستورتها.

٢٩. لا يجوز في الدول الفيدرالية، أن تميز ولاية بين نشاط يبشره مواطنوها داخل إقليمها، فتعفيه بغير مبرر معقول من ضريبة تفرضها على نشاط مقابل يبشره مواطنون تابعون لولاية أخرى داخل حدودها<sup>(٢)</sup>. ويعتبر التمييز المقرر بقانون الولاية على هذا النحو غير مبرر، إذ كان في واقعته تحكماً، ولو كان محايداً في مظهره أو وجهه. وليس لولاية أن تفرض ضريبة على غير أجزاء النشاط الواقعة في نطاق حدودها الإقليمية، إذا كان هذا النشاط متديداً إلى أكثر من ولاية.

(١) ص ٤١٣-٤١٤ من الحكم السابق.

(٢) Hale v. Bimco Trading co., 306 U.S. (1939).

فالولاية التي تفرض رسوم تفتيش على الأسمت المستورد من ولاية أخرى يعادل سكين مثلاً قيمة نفقات التفتيش، تعتبر مخالفة لشرط التبادل الحر للتجارة بين الولايات، إذا كان الأسمت المحلي في الولاية معفى من هذه الرسوم بالكامل.

٣٠. تعتبر الضريبة التي تفرضها ولاية أثناء المرور العابر لبضاعة بإقليمها، ضريبة مكررة Repeatabe tax يناقض فرضها شرط التبادل الحر للتجارة فيما بين الولايات بعضها البعض<sup>(١)</sup>. ويفترض دوماً مناسبة الضريبة التي تفرضها الولاية على ذلك الجزء من النشاط المحمل بها في نطاق إقليمها، وذلك نقادياً لأزدواج الضريبة<sup>(٢)</sup>.

وليس بشرط في ذلك الجزء من النشاط المحمل بالضريبة المحلية، أن يكون مسلماً تتدفق عليها من ولاية غيرها، وإنما قد يتعلق التدفق ببعض القيم المالية، كفرص التمويل الأفضل للمشروع، أو التقنية المتطورة<sup>(٣)</sup>.

٣١. لا يجوز لولاية أن تعرض على نفسها عزلة اقتصادية تحرمها من الاتصال بهيكل أجزاء الاتحاد، ولا أن تعزل من خلال الضريبة التي تفرضها بحريان التجارة بينها وبين غيرها من الولايات بما يحول دون تدفقها، أو يعطل وسائل نقلها، أو يهبط حركتها بتدابير تعوقها، وبمراعاة أن حرية التجارة بين أجزاء الاتحاد، لا يخل بها أن تتخذ كل ولاية، التدابير الضرورية التي تؤمن بها سكانها وحيواناتها ونباتاتها وأشجارها ومخزون سلعها ومنتجاتها، من الأمراض التي قد تسببها من التجارة الوافدة بشرط ألا تزيد تكلفة هذه التدابير التي تقتضيها ممن يتاجرون معها، عن معدلاتها المنطقية. ولكل ولاية بالتالي أن ترد عن حدودها كل بضاعة أجنبية أو محلية إذا قام لديها مبرر معقول يحلها على الاعتقاد بأن من شأن اتصال هذه البضاعة بإقليمها، الإضرار برخاتها العام ممثلاً في ضمان صحة مواطنيها وتأمين سلامتهم وصون قيمهم الأخلاقية.

٣٢. لا يجوز لولاية كذلك أن تقرر معاملة تفضيلية للملح التي تأتيها من جهة دون أخرى من أجزاء الاتحاد. وإنما يتعين أن تترابط وحداته فيما بينها، وأن تردّد قوتها وتماسكها من خلال اتصال التجارة فيما بينها دون عائق كي تتفتح قواها. خاصة وأن تقديمها المصالح التجارية للمقيمين فيها، على غيرهم، ليس إلا منخلاً للتدابير الردع التي تتخذها قبلها كل ولاية أضرت بها المعاملة التفضيلية لغيرها، بما يوهن الاتحاد، ويؤدي إلى بلقنة التجارة القومية بكل أشكالها.

(١) Champlain Co V.Brattleboro, 260 U.S. 366 (1922).

(٢) General Motors Corp. V. Washington, 377 U.S. 436 (1964).

(٣) Laurence H. Tribe, p. 466.

ذلك أن حرية التجارة بين الولايات هي التي تكفل اتصال أسواقها، وإمكان نفاذ منتجاتها إلى أقاليم الاتحاد في مجموعها، بغير أسوار جمركية، وبما يحقق مصلحة الصناع والمزارعين -أيًا كان مكان توطنهم في الاتحاد- وكذلك مصلحة المستهلكين الذين يضمون من خلال تنافس الولايات فيما بينها، الحصول على أفضل منتجاتها بأقل الأسعار.

٣٣. إذا كان من شأن الضريبة إلحاق مخاطر جسيمة بفرص الاستثمار والادخار، تزيد من التضخم، ولا بدور من خلالها رأس المال من خلال التنمية الأعرض والأعمق، ولا تنهض بها العمالة، فإن فرضها يكون مجاوزاً ضوابط عدالتها الاجتماعية، فلا يكون أدلهاً ولجباً وفقاً للقانون. ذلك أن الحق في التنمية وفي العمل من الحقوق التي كفلها الدستور<sup>(١)</sup>.

٣٤. لا ترتبط دستورية الضريبة بعظم حصيلتها، ولا تنفيها ضآلتها. ولا يحول دونها أن يكون للضريبة فضلاً عن مقاصدها الأصلية -التي يعكسها اتجاه الدولة إلى الحصول على مبلغها إتمام منها لموارد ترصدها على مصارفها- آثاراً عرضية من شأنها فرض أعباء متفاوتة على صور من النشاط التي يأتيها المكنون بها، والتي تقع الضريبة عليها، بما ينهيها أو يرهقها<sup>(٢)</sup>.

٣٥. ويدخل اختيار المشرع لوعاء الضريبة -وهو المال المحمل بعينها- في نطاق مسلطته التقديرية، ولو كان فرضها غير مقبول بوجه عام. ولا ترتبط دستوريته بالتالي بتوافر بدائل تحل محلها، وتكفل تحقيق حصيلتها<sup>(٣)</sup>.

بيد أن هذا الاختيار وإن كان يدخل في نطاق السلطة التي يباشرها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، إلا أن هذه السلطة تقيدها الضوابط التي فرضها الدستور عليها لتحذ من إطلاقها

(١) القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ١٩٦٦/٣/٢- قاعدة رقم ٣٠ -ص ٥٢٠ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ -ص ١١١ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١ يونيو ١٩٩٨ -ص ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ -ص ١١١ و١١٢ من الجزء الثامن.

ولترسم تخومها التي لا يجوز أن يتعداها المشرع، سواء بإغراق هذه الحقوق من خلال تنظيمها، أو عن طريق تقييدها بما يرفعها، ويحد من اكتمال مجالاتها الحيوية التي تمثل لبها ونواتها<sup>(١)</sup>.

٣٦. حق الدولة في اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها، وإجراء ما يتصل بها من أعمال عرضية؛ ينبغي أن يقابل بحق الملتزمين أصلاً بها، والمسؤولين عن توريدها، في فرضها وتحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها نافياً لتحينها<sup>(٢)</sup>.

٣٧. وعاء الضريبة هو المال المحمل بعينها. ويتعين أن يكون وجوده محققاً. وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ثابتاً بعيداً عن شبهة الاحتمال أو الترخص. ذلك أن مقدار الضريبة أو مبلغها أو دينها، لا يتحدد على وجه اليقين، إلا إذا ارتبط بوعائها، وكان محمولاً عليه. ووعاء الضريبة بالتالي هو مادتها، والغرض من فرضها هو أن يكون هذا العاء مصرفها. فإذا فرضها المشرع على دخل معين، تعين أن يكون مبلغها متأتياً من هذا الدخل دون سواء، وناجماً عن رجوعه - حقيقة لا حكماً - ومنسوباً إلى مقداره، وألماً لا مجازاً.

فإذا انفصم دين الضريبة عن وعائها، ولم يكن نتيجة تحقق للدخل المحمل بعينها، دل ذلك على أن الرابطة بين وعاء الضريبة ومبلغها مختلفة بنسبتها بما يناقض أسسها الموضوعية التي لا تقوم إلا بها<sup>(٣)</sup>.

٣٨. ليس ثمة مصلحة مشروعة ترتجى من وراء إقرار قانون يتوخى مجرد تنمية موارد الدولة عن طريق ضريبة تغتفر إلى قولها الشككية، أو لا تتوافر فيها عناصر عدالتها الاجتماعية. ذلك أن جباية الأموال ذاتها لا تعتبر هنا يحميه الدستور. بل يتعين أن تكون هذه الجباية وفق قواعده، وبالطابق لأحكامها<sup>(٤)</sup>.

(١) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يونيه ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٧٥ - ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يولييه ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٧٥ - ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٤٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ١٢/١٢/١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥/٧ - ص ٨٤ و ٨٥ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٤) الحكم السابق - قاعدة رقم ٣/٧ - ص ٨٣.

٣٩. إقرار السلطة التشريعية لضريبة ثم فرضها بالمخالفة للدستور -ولو بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ العمل بها- لا يحجبها من جديد ولا يزيل عوارها ولا يحيلها إلى عمل مشروع.

والقانون المجبر لها في عدد القوانين التي يتقيد اقتراحها وإقرارها وإصدارها بالأحكام المنصوص عليها بالدستور. ذلك أن الضريبة التي تنافض الدستور، يلحقها العدم منذ فرضها، فلا ترد إلى الحياة لأن الساقط لا يعود<sup>(١)</sup>.

٤٠. إذا فرض المشرع رئيس الجمهورية في تعديل قانون الضريبة على الاستهلاك من خلال إضافة ملح جديدة إلى قائمة الملح التي أخضعها هذا القانون لأحكامه، فإن قرار رئيس الجمهورية في ذلك يكون معدلاً من بنين الضريبة من خلال تحويل أحكامها ونطاق سريانها. ويقع هذا القرار باطلاً بالتالي بعد أن قام على تفويض مناقض للدستور<sup>(٢)</sup>.

٤١. تعتبر العدالة الاجتماعية قيماً على النظم الضريبية جميعها. ولئن كان للدستور لم يبين لهذه العدالة مفهومها، إلا أن العدل -رباعته قيمة مثلى- لا يتحدد إلا من منظور اجتماعي على ضوء القيم التي ارضتها الجماعة خلال زمن معين، وكان التزامها بها مهيناً على مظاهرها سلوكها، تعبيراً من جانبها عن أكثر المصالح توافقاً مع بينها. فلا يكون قبول أفرادها بها، إلا حلاً ملائماً لتنازع توجهاتهم وتعارضها.

وصح القول بالتالي، بأن تلك القيم لا تعنى شيئاً ثابتاً باطراد؛ ولئن معانيها وغاياتها تتباين تبعاً لمعايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها؛ وكان لا يجوز بالنظر إلى مخاطر التعارض في مجال العدالة الاجتماعية بين مفترضاها النظرية ومتطلباتها العملية، أن يكون تصورهما ذاتياً، ولا

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١١/٢٣/١٩٩٦- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٩٠ من الجزء الثامن. فلو أن المشرع خول رئيس الجمهورية أن يفرض الضريبة العامة على المبيعات بقرار منه، فإلّاها تتعدى أصلاً. ولا يتصور أن يفرضها قانون لاحق إلا إذا طبق بأثر مباشر. فإذا انسحب هذا القانون إلى تاريخ تسلم بضريبة المبيعات المعنوية بقصد إحياها، وقع هذا القانون باطلاً.

(٢) القضية رقم ١٦ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١١/٢٣/١٩٩٦- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٩٠ من الجزء الثامن.

دائرة تطبيقها منفصلة على نفسها؛ إلا أن القيم التي يحتضنها العدل، نزلت من الخيرة التي صهرها العقل الجمعي، فلا يلتزم المشرع طرقها بعيداً عما يراه الأفراد في مجموعهم حقاً وإيضافاً<sup>(١)</sup>.

ومما يلاحظ مفهوم العدالة الاجتماعية، ويحل بالحماية التي تكفلها الدول الديمقراطية لمواطنيها في حدها الأدنى، أن يكون الجزاء على مخالفة قانون الضريبة، منطوياً على الغلو. وهو ما يظهر على الأخص حين يعمل المشرع أفعالا تتنافر خصائصها، ولا تتحد فيما بينها في قدر خطورتها، بافتراض تساويها في الآثار التي ترتبها، ليجمعا في بوقنة واحدة، وينزل على كِل منها صور الجزاء ذاتها التي فرضها على غيرها، لتحيطها وطأتها دون تمييز بينها؛ وذلك سواء كان التورط في هذه الأفعال ناشئاً عن عمد أو عن إهمال أو عن فعل لا يفكرن بأيهما؛ وسواء كان إتيانها بقصد التلبس على للقائمين على تنفيذ قانون الضريبة عن طريق إخفاء بياناتها، أو عرض ما هو غير صحيح منها بقصد للتخلص منها كلها أو بعضها واقتصاص مبلغها؛ أم كان منتهياً إلى مجرد التأخير في توريدها؛ وسواء كان التأخير في توريدها عرضياً أو مقصوداً؛ محدوداً بفترة زمنية ضيقة، أو متراكباً لاجلاً طويلاً؛ ناجماً عن قوة قاهرة، أو عن أوضاع طارئة مفاجئة<sup>(٢)</sup>.

لنظهر عين الجزاء متعلقات بأفعال تتنافر عناصرها وعواقبها، فلا يكون جزاء كل من هذه الأفعال مناسباً لحقيقتها. بل يقيس المشرع أفعالها خطراً على أسوئها مقصداً، ويعاملها جميعاً بافتراض وحدة مضمونها وآثارها؛ وتلاقيها في خصائصها فلا يزنها بالقسط.

وليس ذلك إلا غلواً منافيًا لضوابط العدالة الاجتماعية التي أرسنها المادة ٣٨ من الدستور، لنقيم عليها النظم الضريبية جميعها، وما يلحق بها من الأعباء المالية التي حددتها المادة ١١٩/٢ من الدستور. يؤيد هذا النظر، أن النصوص القانونية لا يجوز أن تؤخذ إلا على ضوء ما يتحقق فيه معناها، ويكفل ربط مقدماتها بنتائجها.

وإذا كان الأصل في صور الجزاء ألا تنزلهم جميعها على محل واحد بما ينوب بها عن موازين الاعتدال، وألا يتعلق جزاء منها بغير الأفعال التي تتحد في خواصها وصفاتها، وبما

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ٤١٦ - ٤١٨

من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٧٧ -

١٣٧٨ من الجزء الثامن.

بإلزامها؛ فقد صار باطلاً كل جزء يكون من أثره، الإخلال اعتسافاً بحقوق الملكية الثابتة لأصحابها. ويتعين بالتالي أن يوازن المشرع فيما يقره من جزء، بين الأفعال التي يجوز أن يتصل بها، وأن يقرر لكل حال لبوسها، فلا يتخذ من النصوص القانونية ما تظهر فيه مثالها، بل يبتنيها أسلوباً منطقياً لتقويم أوضاع خاطئة وتصحيحها<sup>(١)</sup>.

٤٢. كلما كان موضوع الخصومة الدستورية متعلقاً بدستورية ضريبة فرضها المشرع، فإن نصوص الدستور جميعها، سواء في ذلك تلك التي تنظم قواعدها الشكلية، أو التي تتصل بأسسها الموضوعية، تعتبر مثيرة فيها بحكم الاقتضاء العقلي.

٤٣. لجهة الرقابة على الدستورية- وفي مجال تحققها من دستورية الضريبة أن مباشر رقابتها على الواقعة التي أنشأتها، وأن تستظهر بالتالي حدود الصلة بين المكلفين بها؛ والمال المحمل بعينها؛ ونطاق مقدرتهم التكليفية، وأن تكون صور الدخل على اختلافها -رباعياتها- إيراداً مضافاً إلى رموس الأموال التي أنتجتها- وعاء أساسياً لها كإفلا -بصفة مبدئية- عدلتها وموضوعيتها. فلا تنال الضريبة من رموس الأموال ذاتها بما يؤول إلى تأكلها أو يحول دون تراكمها، لضمان أن يظل استغلالها في مجال التنمية عريضاً وفاقلاً من خلال تنفق روافدها.

٤٤. ولا يجوز في الدول الفيدرالية -وفي نطاق شرط التنفق غير المعاق للتجارة بين ولاياتها- أن تقرر إحداها معاملة ضريبية تفصيلية تؤثر بها للتجارة المحلية الواقعة في نطاق إقليمها، بما يضر بالتجارة الواقعة فيما وراء حدوده.

كما لا يجوز في نطاق الدول الفيدرالية أن تتمسك السلطة التشريعية المركزية وراء مفهوم الضريبة الاتحادية التي يجوز لها فرضها، كي تنظم من خلالها مسائل تدخل في الاختصاص المنفرد لولايتها.

٤٥. تحتفظ الضريبة التي تفرضها الدولة، بصفتها كمورد لها Revenue Measure، ولو كان لها جانب تنظيمي عرضي Ancillary regulatory effect يتوخى تنظيم أعمال بذواتها بقصد

(١) الحكم السابق- ص ١٣٧٨- من الجزء الثامن.

إرهاق نشاطها، كلما تم تحقيق أغراضها العرضية من خلال محلها<sup>(١)</sup> Rate structure لو كان لهذه الأغراض صلة منطقية بتنفيذ قانون الضريبة<sup>(٢)</sup>.

فإذا لم يكن للضريبة من أغراض تتوخاها غير آثارها التنظيمية؛ فإنها تفقد صفتها كضريبة لزوال عنصر الإيراد منها. ويكفى لاعتبار الضريبة دخلاً للخرافة أن ينتج عنها إيراد للدولة أيا كان مقداره. وليس لجهة الرقابة على الدستورية أن تناقش السلطة التشريعية في دوافعها لإقرار الضريبة التي فرضتها، ولا في نطاق الآثار العرضية التي حققتها الضريبة؛ طالما أن أغراضها لا تنحصر في تحقيق هذه الآثار<sup>(٣)</sup>.

٤٦. لأن كانت الضريبة مصدراً لإيراد الدولة، إلا أن تحققها بنشاط معين، يفترض تحديده بصورة جازمة، وألا ننظر إليها كتعويض عن تكلفة تحملها الدولة بمناسبة هذا النشاط. ذلك أن الضريبة في صحيح مفهومها، هي التي يفرضها المشرع في شأن الملتزمين بها الذين يدفعونها دون خطأ من جانبهم باعتبار أن مصدرها المباشر نص القانون ولا كذلك التعويض عن العمل غير المشروع، إذ يعتبر نص القانون مصدراً غير مباشر لهذا التعويض<sup>(٤)</sup>.

٤٧. يفترض اختيار المشرع صوراً بذاتها من التعامل، وفرضه لضريبة على صافي أرباحها؛ تعلق هذه الأرباح بتلك الصور من التعامل دون غيرها؛ وأن يكون تحققها قائماً بها في كل أحوالها وظروفها.

ولا كذلك الضريبة التي فرضها المشرع على البيوع بالمزاد، ولتتعلق بفرضها هذه البيوع في كل أحوالها - فائضاً مضافاً إلى القيمة الأصلية للأموال موضوعها.

ذلك أن تلك البيوع قد تدار قضائياً أو إدارياً، فلا يكون للقائمين على إجرائها، مصلحة في اقتضاء ثمن عادل لها.

وقد يضطر أصحابها - ولو باعوها اختياراً - إلى عرضها في وقت غير ملائم، فلا يتربحون من بيعها. فإذا فرض المشرع ضريبة على بيعها غير المشر، كلفهم رهقاً بما ينال من رعبوس

(١) Mc Gray V. United States 195, U. S. 27 (1904).

(٢) United States V. Doremus, 249 U.S. 86 (1919).

(٣) Sonzinsky V. United States, 300 U.S. 506, 514 (1937).

(٤) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - لقاعدة رقم ١٠٠ - ص ١٣٣ من الجزء الثامن.

أموالهم في ذمتها، وهو ما يخرج بالضريبة عن وظيفتها بوصفها إسهاماً منطقياً من المكلفين بـتها بقصد مواجهة الأعباء التي يقتضيها تسيير وتنظيم وتطوير المرافق العامة.

والقول بأن الضريبة التي فرضها المشرع على بيع بذواتها، أيسر من غيرها في مجال ربطها وتحصيلها؛ لا يقيمها -وبناء على هذا الاعتبار وحده- على أساس من الدستور<sup>(١)</sup>.

٤٨. لا يجوز للضريبة أن تكرر وعاءها من خلال فداحة عينها؛ ولا أن تتمحض عن جزاء يكون هو المقصود بها، ولو تخفى في صورة الضريبة<sup>(٢)</sup>.

### الفروع السادس عشر

#### الجريمة الضريبية

أولاً: تطبيق حق رفعها على طلب من الجهة التي عينها المشرع

١٩٢- قد يعلق المشرع حق النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية بشأن الجريمة الضريبية على طلب يقدم إليها من الجهة التي يحددها. فإن هو فعل، كان ذلك قيداً استثنائياً على سلطتها في مجال تحريكها، ومفترضاً إجرائياً لجواز مباشرتها.

ولا يعتبر هذا القيد بالتالي عنصراً في قيام الجريمة أو توافر أركانها. بل مجرد عقبة تحول دون اتخاذ إجراء فيها ما بقي للقيد قائماً. وارتفاع هذا القيد مؤداه أن يعود إلى النيابة العامة لاختصاصها كاملاً في شأن هذه الجرائم، فلا تلتزم برفع الدعوى الجنائية عنها. بل تقرر -في حدود سلطتها التقديرية- تحريكها أو إهمالها.

وهذه القاعدة هي التي رددتها المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية التي تخول النيابة العامة دون غيرها، الحق في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على غير ذلك. وهو ما يعني أن أصل الحق في رفعها مخول للنيابة العامة تتولاها بنفسها على ضوء وقائع الاتهام

(١) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٥/١١/١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ ص ٩٨١ - ٩٨٢ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٥/١١/١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ ص ٩٨١ - ٩٨٢ من الجزء التاسع.

وأدلتها. لا يمتنع من ذلك إلا في جرائم بذواتها يحددها القانون، ويندرج تحتها تلك التي تقتضى طبيعتها الخاصة، ألا تتخذ النيابة العامة إجراء فيها إلا بناء على طلب من الجهة التى عينها المشرع، يصدر عنها وفق ما تراه ملائماً وأوفق اتصالاً بالمصلحة التى توخاها المشرع من التجريم<sup>(١)</sup>.

١٩٣- ولا تعتبر العقوبة التى يفرضها المشرع على الجريمة الضريبية مقصودة لذاتها، وإنما غايتها تحقيق غرض محدد يرتبط بها، يتمثل أصلاً فى صون مصلحة الخزنة العامة فى إطار من التقاوم بين المتهمين بالضريبة من ناحية؛ والجهة الإدارية التى تقتضيها من ناحية ثانية.

ومن ثم توازن هذه الجهة بين مسئولياتها فى صون المصلحة الضريبية للدولة، وخطورة الآثار المترتبة على الإخلال بها، بما يؤولها سلطة مطلقة فى مجال تقدير ملائمة رفع الدعوى الجنائية عن الجريمة الضريبية أو التخلّى عنها. وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

١٩٤- الأصل فى الجرائم الضريبية أنها جرائم مالية غايتها التلصص من الضريبة الجمركية كلها أو بعضها، ولا تعلق لها بأشخاص مرتكبيها. ولئن جاز القول بأن بعض هذه الجرائم قد يخل بالحماية اللازمة لدعم الصناعة الوطنية من خلال تطبيق النظم المعمول بها فى شأن البضائع الممنوع استيرادها؛ إلا أن الجرائم الضريبية -على تباين صورها- يتعين معاملتها وفق ضوابط حذرة يكون تطبيقها عائداً إلى الإدارة المالية ذاتها، لقرن على ضوئها، خطورة كل منها وملايمتها، فلا تقام الدعوى الجنائية عنها إلا بناء على طلبها بعد تقييمها لكل حالة على حدة<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٣٤- جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - ص ٥٨٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٤ -ص ٥٨٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### ثانياً: للتصالح فيها

١٩٥- قد يجيز المشرع الصلح في بعض الجرائم الضريبية، كجريمة تهريب البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها أو الشروع فيه، أو حيازتها بقصد الاتجار مع العلم بتهريبها. فإذا جعل المشرع لهذا الصلح أثراً وجوبياً يتمثل في مصادرة البضائع المضبوطة في تلك الجرائم، وأثراً جوازياً يخول الجهة الإدارية وفق سلطاتها التقديرية، الحق في مصادرة وسائل نقلها ومواد تهريبها، فإن المصادرة في الحالتين لا تستند إلى إرادتين تلاقيتا على الصلح فيما بينهما. بل تتم المصادرة الجوازية بقرار منفرد تصدره الجهة الإدارية. كذلك تقع المصادرة الوجوبية بناء على نص في القانون، بما يحتم إنفاذ أثرها ولو خلا عقد الصلح منها، بل ولو أسقطها هذا العقد لسنزل الجهة الإدارية عنها.

وفضلاً عما تقدم، فإن المصادرة في صورتها الوجوبية والجوازية، لا تقع بناء على حكم قضائي بالمخالفة لنص المادة ٣٦ من الدستور. ذلك أن عدم رد البضائع التي تم ضبطها إلى أصحابها، مؤداه أن تحل للدولة محلهم في ملكيتها، وأن تؤول إليها هذه البضائع بغير مقابل، وهو ما يفيد مصادرتها.

وإذا كانت المصادرة التي أجازها المشرع -كأثر للتصالح فيما بين الممولين والجهة الإدارية- لا تعتبر تدبيراً احترازياً يتصل بأشياء يعتبر استعمالها أو صنعها أو حيازتها أو بيعها في ذاته، جريمة معاقبا عليها *Objects the possession of which without more, constitutes a crime*. فإن عدم رد هذه البضائع إلى أصحابها يعتبر عقاباً جنائياً لقيام صلة بين مصادرتها وبين الجريمة التي تم ارتكابها. وهي بعد عقوبة عينية ترد على أموال بذواتها تتمثل في بضائع تم ضبطها اتصالاً بتهريبها، وكان ينبغي بالتالي أن يصدر بها حكم قضائي<sup>(١)</sup>.

يؤيد هذا النظر أن الدستور، وإن حظر بنص المادة ٣٦ مطلق المصادرة العامة، ولم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، سواء كانت هذه المصادرة عقاباً جنائياً، أم كانت جزاء مدنياً ميناء مخالفة النظم الجمركية المعمول بها؛ فإن توقيعها يجب أن يتم من خلال حق التقاضي صوتاً

(١) للحكم السابق ص ٥٩٠ - ٥٩٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة

لحقوق الملكية التي تصيبها المصادرة. فلا يتم الفصل في هذه الحقوق سواء بإثباتها أو نفيها- إلا على ضوء نظرة محايدة تحيطها، ووفق مقاييس وضوابط حددها المشرع سلفاً<sup>(١)</sup>.

---

(١) الحكم السابق من ٥٩٢ - ٥٩٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### المبحث الخامس

#### الرّقابة على الدستورية في مجال القانون الإداري

١٩٦- وتُحد المحكمة الدستورية العليا القواعد التي تحكم مباشرة الملاحظة التنفيذية لاختصاصاتها التشريعية، سواء في ذلك ما اتفق منها وطبيعة وظائفها، أو ما خرج عن النطاق الطبيعي لولايتها. وهي تحدد كذلك ماهية قراراتها الفردية؛ ونطاق تدخلها في المرافق التي تنشئها؛ وخصائص العقود الإدارية التي تدخل فيها الوفاء باحتياجاتها. وتستظهر فضلا عما تقدم، حقيقة الروابط القانونية بين هذه المرافق وعمالها، وتقيم لها ضوابطها. وفيما يلي تفصيل لكل ما تقدم:

#### المطلب الأول

##### مباشرة الإدارة لسلطانها الثلاثية

١٩٧- تباشر السلطة التنفيذية اختصاص إصدار تشريعات لاجبة، إما بصفة أصلية فيما يتفق وطبيعة وظائفها، كأصدارها للوائح اللازمة لتنفيذ القوانين؛ وإما بصفة استثنائية تخرج فيها عن النطاق الطبيعي لوظائفها، مثلما هو الحال في اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة. ذلك أن اختصاصها بإصدار هذين النوعين من اللوائح اللتين تباشر من خلالهما سلطة تشريعية استثنائية، مردها إلى قواعد الدستور ذاتها في الحدود الضيقة التي أذن بها.

#### الفرع الأول

##### اللوائح التنفيذية

١٩٨- تصدر هذه اللوائح وفقا لنص المادة ١٤٤ من الدستور، ولقاعدة فيها أنها تفصل ما ورد إجمالاً في نصوص القانون، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها، أو إعفاء من تنفيذها<sup>(١)</sup>. ولا يعد من قبيل هذه اللوائح، تفويض رئيس الجمهورية في أن يخضع للضريبة سلعاً غير التي اشتمل عليها الجدول المرفق لقانونها، أو أن يزيد فئاتها بما يحل من نطاق سريان أحكامها ويحور بذاتها<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - لقضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٧ ص ٧١٦ وما بعدها من الجزء الثامن.

ولا يختص بإصدار اللوائح التنفيذية - عملاً بنص المادة ١٤٤ من الدستور - غير رئيس الجمهورية أو من يفوضه في ذلك، أو من يعينه للقانون لإصدارها. وكلما عهد القانون إلى جهة بذاتها بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذه، فإن هذه الجهة دون غيرها هي التي تستقل بإصدارها (١).

### الفروع التالية

#### اللوائح التفويضية

١٩٩- لرئيس الجمهورية - عملاً بنص المادة ١٠٨ من الدستور - أن يصدر قرارات لها قوة القانون فيما فوض فيه من المسائل التي عهدت إليه السلطة التشريعية بتنظيمها، وذلك في إطار ضابط عام، هو ألا يكون من شأن هذا التفويض، نقل للولاية التشريعية بأكملها، أو في جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية. ذلك أن تخطي السلطة التشريعية عن ولايتها، أو نزولها عن جزء هام منها لجهة أخرى تنيها عنها في مباشرتها، يفقدها صفتها التمثيلية، ويقربها من السلطة التنفيذية إلى حد اندماجها معها، ويفيد كذلك خروجها على الدستور من خلال عزوفها عن مباشرة اختصاص نيابتها وفقاً لأحكامه.

وفي إطار هذا الضابط العام لا يجوز التفويض إلا عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية، وبشرط أن توافق السلطة التشريعية على قانون التفويض بأغلبية ثلثي أعضائها لضمان أن يظل التفويض في حدود ضيقة لا تعيق فيها. وعلى السلطة التشريعية كذلك، أن تحدد بنفسها "في قانون التفويض" نطاق المسائل المفوض فيها، وأسس تنظيمها بصورة قاطعة ينحصر بها جمل حول مضمونها وضوابط تنظيمها. وبشرط دوماً أن يكون التفويض موقوتاً "بزمن معين" لا يجاوزه، سواء كانت مدة التفويض محددة سلفاً، أو قابلة للتحديد من خلال عناصر تيسر ضبطها. وذلك حتى لا تتحول الولاية التشريعية الاستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية، إلى سلطة جامحة منفصلة من عقابها.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٢٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" القضية رقم ٥ لسنة ٥ ق "مستورية" - جلسة ١٧ مايو ١٩٨٦ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٣٢٥ وما بعدها من الجزء الثالث.

ولا تمارس السلطة التنفيذية التفويض الصادر لها من السلطة التشريعية بعيداً عن رقابتها. ذلك أن الدستور ألزمها بأن تعرض على السلطة التشريعية، التدابير التي اتخذتها بناء على قانون التفويض، على أن يتم ذلك في أول جلسة تدعى السلطة التشريعية إليها بعد انتهاء مدة التفويض. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية عليها خلال هذا الميعاد تلك التدابير، أو عرضها، ولكن السلطة التشريعية لم تقرها، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون. بما مؤداه:

أولاً: أن التفويض الصادر عن السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية مقيد بالحدود الضيقة التي يفرضها الطبيعة الاستثنائية لاختصاص بتولاء عرضا، وعند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية التي تقتضى تدابير ملحة. ومن ثم يقتيد اختصاص رئيس الجمهورية -على الأخص- بقدين رئيسين:

أولهما: أن التفويض لا يصدر إلا لتنظيم موضوع معين، وبشرط أن يحيط بالأسس التي يقوم عليها هذا التنظيم.

ثانيهما: أن رئيس الجمهورية لا يباشر الاختصاص المفوض فيه، إلا خلال الفترة التي يبينها قانون التفويض بصورة صريحة أو ضمنية.

فإذا خلا قانون التفويض من بيانها، وقع التفويض باطلاً لصنوره بالمخالفة للدستور (١).

### الفرع الثالث

#### لوائح الضرورة

٢٠٠- حدد الدستور لكل سلطة وظائفها الأصلية، وبين كذلك ما تبأشره من مهام لا تدخل في نطاق وظائفها هذه، وإنما تخرج عن المجال الطبيعي لنشاطها.

وهذه الأعمال الاستثنائية والعرضية بطبيعتها- هي التي فصل الدستور أحكامها لضمحل مباشرتها في إطار القيود التي أحاطها بها. ذلك أن فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، وأن توخى أن تتولى كلا منها المهام التي أختصها الدستور بها بحكم تعلقها بالمجال الطبيعي

(١) القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية دستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢- قاعدة رقم ٣٥ -ص ٣٢٩، ٣٢٨ من المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية دستورية" -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٣ -ص ٤٢٩ - ٤٣٠ من الجزء السابع.

لوظيفتها، إلا أن هذا الفصل يتعين أن يوازن بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام العام في إقليمها، إزاء المخاطر التي قد تواجهها فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها، ولو لم تكن هذه المخاطر مادية في طبيعتها، بل كانت من طبيعة قانونية تقتضيها ضرورة إبقاء الدولة لالتزاماتها الحالية التي أنشأتها معاهدة دولية تعد طرفاً فيها .

وعلى ضوء هذه المخاطر، وبالنظر إلى عواقبها، وبمراعاة حثتها - وهي مخاطر لا يشترط فيها أن تكون الأضرار التي تقارنها قاطعة في وضوحها، وإنما يكفي أن تلوح نذرها وأن تتخذ بالتألي شكل إرهاب من هذه المخاطر - خول الدستور رئيس الجمهورية أن يتخذ لتوقيها أو إردفها على أعقابها أو لتقليص آثارها، تدابير عاجلة تناسبها.

وبذلك هي حالة الضرورة التي يقوم بها مناط تطبيق نص المادة ١٤٧ من الدستور. وهي حالة تبسط عليها المحكمة الدستورية العليا رقابتها، للتحقق من وجودها أو من تخلفها. فإذا قام الدليل لديها على وجودها، كان عليها أن تنظر كذلك في نوع ونطاق التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية لمواجهة، كي تفصل في ملائمة هذه التدابير لإنهاء المخاطر أو تخفيفها، حتى لا تتحول الرخصة التشريعية الاستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية، إلى سلطة مطلقة كاملة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو انفلاتها<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - لقرنية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية" - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - مساعدة رقم ٣١ ص ٢٨٨ - ٢٩٠ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

### المطلب الثاني

#### نطاق مريان للوائح وأثره على الشرعية الدستورية

### الفرع الأول

#### القواعد التنظيمية وحدها هي التي تجوز مراقبتها دستوريا

٢٠١- لا تعد اللائحة قرارا إداريا تنظيميا إذا اتصل تطبيقها بمجال القانون الخاص، ولو كانت الجهة التي أصدرتها من أشخاص القانون العام.

كذلك تتحدد أوضاع أو مراكز العاملين في الدولة، على ضوء الدائرة التي تنظمها أصلا. فإذا كان القانون الخاص يحكمها في عموم قواعده، كان هذا القانون محورها، وقاعدة بنائها، ولو تدخل المشرع بقواعد قانونية أمرة لتنظيم بعض جوانبها.

بما مؤده أن كل تنظيم للعلاقات القانونية في دائرة بذاتها، لا يجوز أن يكون مجافيا لحقيقتها، بل يتعين دوما الرجوع إلى الأصل فيها، وأن ينظر إليها بافتراض انصاقها مع هذا الأصل<sup>(١)</sup>.

وكلما دخل مضمون هذه العلاقات في منطقة القانون العام، وقام تنظيمها على قواعد مجردة أصدرتها السلطة التنفيذية، توافر منط لاختصاص المحكمة الدستورية للطبعا بالفصل في دستوريته.

ولا كذلك ما يصدر عن أحد أشخاص القانون الخاص من قرارات في شأن من الشئون التي ينظمها هذا القانون، كالقرارات التي تصدرها البنوك التجارية في إدارتها لشئونها المصرفية<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن القرار الصادر عن شركة مساهمة في نطاق أغراضها، وعلى ضوء الوسائل التي تملكها في إدارتها لشئونها، يظل ولقما في منطقة القانون الخاص؛ ولا يعتبر بالتالي قرارا إداريا

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ مايو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٣٨ -ص ٥٦٦ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٠٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٧ ص ٩٨٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٩٨ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" -جلسة ١ فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٨٢ ص ١١٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢/٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ١٣ ص ٢٣١ من الجزء السابع.

-فرديا أو تنظيمياً- ولو كان المشرع قد ضبط بعض نواحي نشاطها بقواعد أمره لا بجهوز الخروج عليها<sup>(١)</sup>.

والأصل في القرارات الإدارية -فردية كانت أم تنظيمية- هو صدورها عن الجهة التي اختصها المشرع أو الدستور بإصدارها؛ واستيفائها للأوضاع الشكلية المطلوبة فيها؛ ومطابقتها في محلها للقانون؛ وبراعتها في بواعثها مما يحرقها عن أغراضها.

ذلك أن تكبها عن المصلحة العامة؛ أو مجاوزتها أغراضا بذواتها رصدها المشرع عليها. مؤده جواز النعي عليها بمجاوزة السلطة. ويعتبر ذلك عيبا غائيا أو قصديا لا يفترض، إذ هو وثيق الصلة بحقيقة الأغراض التي توختها الإدارة من وراء إصدارها القرار المطعون فيه، ويتمين بالتالي أن يقوم الدليل عليه نفا من عيون الأوراق ذاتها<sup>(٢)</sup>.

ولا شأن للرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على الشرعية الدستورية، بالقرارات الإدارية الفردية مهما بلغ خطرها، أو درجة انحرفها عن حكم الدستور، أو خروجها على قواعد.

ذلك أن قراراتها هذه لا تتولد عنها غير مراكز خاصة يقتصر أثرها على أشخاص معينين بذواتهم. ولا شأن لها بالتالي بذلك المركز العام الذي يتولد عن القانون بمعناه الموضوعي<sup>(٣)</sup>.

وإذ تقضى محاكم مجلس الدولة بقبول أو برفض طلب مقدم إليها في شأن وقف تنفيذ قرار مطعون فيه أمامها، فإن حكمها في ذلك يغد بالضرورة فصلها في المسائل الفرعية التي لا يستقيم

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٥ -ص ٥٩٥ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "طلبات أعضاء" - جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ -قاعدة رقم ٩/١، ص ١٠ -ص ٤٤٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٩ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥ ص ٥٢ و ٥٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. ولا تعتبر بالتالي من قبيل النصوص القانونية قرارات توزيع العمل فيما بين الدوائر المختلفة التي تضمنها المحكمة الواحدة -أيما كان نوعها أو درجتها- والتي تصدر عن جميعها العامة عملا بصل المادة ٣٠ من قانون السلطة القضائية، ذلك أن هذه القرارات لا تعتبر تشريعا أصليا أو فرعيا سواء بالنظر إلى مضمونها أو الآثار التي ترتبها، بل تتولد عنها مراكز ذاتية تخص القضاء الذين تم توزيع العمل القضائي فيما بينهم تنظيميا لسواء.

"دستورية عليا" -القضية رقم ١٢ لسنة ١٥ ق "دستورية" - جلسة ١٢/٣/١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٩ -ص ٢٨٣ من الجزء السادس.

نظر هذا الطلب بغير الخوض فيها؛ كذلك المتعلقة باختصاصها ولائها ونوعيا بالفصل في خصومة إلغاء هذا القرار المطروحة عليها؛ وكذلك في توافر شروط قبولها أو انتفاؤها، فلا يكون وقفها تنفيذ للقرار المطعون فيه، إلا قضاء ضمليا باختصاصها بالغاثة<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### امتناع تحسين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية

٢٠٢- وينبغي أن يلاحظ أن القرارات الإدارية جميعها -الفردية منها والتنظيمية- لا يجوز تحسينها من رقابة القضاء، سواء تعلق الأمر بالغاثة أو بالتعويض عنها:

أ. فالقرار بقانون الصادر عن رئيس الجمهورية بإعادة تعيين أعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي في مصر وسوريا، وتحديد ألقابهم على أن يكون ترتيبهم فيما بينهم نهائيا، وغير قابل للطعن، يناقض حق هؤلاء في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، وفي تساويهم مع غيرهم من العاملين أمام القانون، بالمخالفة للمادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

ب. وما قرره القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببعض الشركات القائمة، من تحويل لجان التقييم التي نص عليها، حق تحديد أسعار أسهم بعض الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون، توحيلا لتحديد قيمة التعويض المستحق قانونا لأصحابها مقابل أولولة ملكية أسهمهم إلى الدولة، مؤداه أنها من اللجان الإدارية -لا القضائية- فلا يجوز تحسين قراراتها من الطعن عليها أمام جهة القضاء المختصة بالفصل فيها<sup>(٣)</sup>.

ج- أن مجلس الدولة كهيئة قضائية لها استقلالها، صار بمقتضى نص المادة ١٧٢ من الدستور مختصا بولاية الفصل في المنازعات الإدارية جميعها باعتبارها قاضيا الأصيل، فلا تبشر جهة أخرى بعض جوانبها إلا في حدود ضيقة، وبصفة استثنائية تكون الضرورة في

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٧ قضائية "تنازع" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٥ ص ٩١٨ من الجزء السابع.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٠ لسنة ٥ قضائية "مستورية" قاعدة رقم ١٧ - جلسة ٥ يناير ١٩٨٥ ص ١٠٢ وما بعدها من الجزء الثالث من أحكام المحكمة.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٦٧ لسنة ٦ ق "مستورية" - جلسة ١٦/٢/١٩٨٥ -قاعدة رقم ٢٣ ص ١٤٥ وما بعدها من الجزء الثالث.

صورتها الملجنة هي منخلها؛ وصلتها بالمصلحة العامة -في أوتق روابطها- مقطوع بها؛ وفي إطار قانون صادر عن السلطة التشريعية إعمالا للتفويض المخول لها بمقتضى نص المادة ١٦٧ من الدستور في شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها، وتنظيم طريقة تشكيلها<sup>(١)</sup>.

إذا كان كذلك؛ وكان التظلم من أمر الاعتقال إنما يشكل خصومة قضائية تدور بين السلطة التنفيذية في شأن تدبير الاعتقال التي اتخذتها من جهة؛ وبين المعتقل أو غيره الذي يتظلم من أمر الاعتقال طعنا عليه على أساس عدم مشروعيته من جهة أخرى؛ وكان المشرع قد اختص محكمة أمن الدولة العليا "طوارئ" دون غيرها بالنظر في أمر الاعتقال فصلا في التظلم منه؛ وكان المشرع قد كفل للمعتقل كل ضمانات قضائية يقتضيها إيداء دفاعه وسماع أقواله؛ وكان التظلم من أمر الاعتقال ولقعا أمام جهة قضائية تفصل في خصومة التظلم بمقتضى قرار يصدر خلال أجل محدد على أن يكون مسببا؛ وكان رفض تظلمه يخوله الحق في أن يقدم بتظلم جديد كلما انقضت ثلاثون يوما من تاريخ رفض التظلم؛ فإن محكمة أمن الدولة العليا "طوارئ" تكون هي الجهة التي اختصها المشرع بالفصل في التظلم باعتبارها قاضيه الطبيعي. وهي تفصل فيه فصلا قضائيا لا يحسن أمر الاعتقال -وباعتباره قرارا إداريا- من رقابة القضاء..

ومن ثم لا يكون إسناد الفصل في بعض المنازعات الإدارية إلى غير محاكم مجلس الدولة ضرورة قدرها المشرع، مخالفا لنص المادتين ٨٦ و ١٧٢ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣ لسنة ١٨ قضائية "تتارغ" - جلسة ١٩٩٧/١٢/٦ - ص ١٥٣٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

أنظر كذلك القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ إبريل ١٩٩٩ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٢٤٩ من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٩ سبتمبر ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٨٣ - ص ٧١٥ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٥ لسنة ٥ ق "دستورية" - جلسة ١٦ يونيو ١٩٨٤ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٠ وما بعدها من الجزء الثالث.

ويلاحظ كذلك أن الأئزة التي بدور موضوعها حول ما يصدر في شأن طلاب المعاهد العسكرية من قرارات إدارية -سواء ما اتصل منها بتحصيلهم الدراسي أو ما تعلق بامتحاناتهم- تتماثل في طبيعتها وتتحد في جوهرها مع الأئزة الإدارية الخاصة بأقرانهم من طلاب الجامعات والمعاهد العليا التابعة لوزارة التعليم أو الخاضعة لإشرافها؛ ولا يجوز بالتالي أن يخرجها المشرع من اختصاص محاكم مجلس الدولة بالنظر إلى دخولها أصلاً في ولايتها باعتبارها قاضيتها الطبيعي. ويتعين بالتالي أن تحكمها قواعد موحدة لا تفترض في النظر ثغرها فيما بينها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### سلطة الإدارة في إنشاء وتسيير المرافق العامة

٢٠٣- تتدخل الإدارة لإشباع مصالح مواطنيها من خلال المرافق العامة التي تنشئها وتبسط إشرافها عليها. وتتعدد هذه المرافق في صور نشاطها والأغراض التي تستهدفها وتظل المرافق العامة مع تعددها وتباين صور نشاطها، واختلافها في أهدافها، محكومة بذات القواعد التي تفصل جوهر أحكامها سواء تعلق الأمر بمفهوم المرفق العام؛ لم بالعقود التي يدخل المرفق فيها لتحقيق الأغراض التي يقوم عليها، أو بالقواعد التي تنظم شؤون العاملين فيها. وفي تفصيل ذلك:

### الفرع الأول

#### المرافق العامة من حيث ماهيتها

٢٠٤- من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن المرافق العامة إنما تتوخى إشباع أغراض بذولها تقتضيها خصائص نشاطها التي تقدر معها الجهة التي أنشأتها -رسواء أكان تقديرها صائباً أو مخطئاً- أن أشخاص القانون الخاص لا يقومون على مباشرة الأعمال التي تنهض بها، أو ينفرون منها، أو قد يديرونها وفق نظم لا تلائمها. ومن ثم تقرر هذه الجهة -وهي بالضرورة من أشخاص القانون العام- تنظيمها بما يكفل سريان نظام قانوني خاص عليها، سواء

(١) لل قضية رقم ٢٢٤ لسنة ١ قضائية دستورية -جلسة ٢٠٠٠/٩/٩- قاعدة رقم ٨٣ -ص ٧٢١ - ٧٢٢ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

ويلاحظ أن النص الذي أخرج هذه المنازعات من اختصاص محاكم مجلس الدولة، هو نص المادة الأولى من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٨٣ الذي أسند الفصل فيها إلى لجنة ضباط القوات المسلحة -دون غيرها- منعقدة ببيتة قضائية.

فى شأن علاقتها بالعاملين فيها؛ أو على صعيد عقودها؛ أو قواعد مسؤولياتها؛ أو طرق محاسبتها، أو الجهة القضائية التى تتفرد بالفصل فى منازعتها.

وكلما تعلق الأمر بأموال هذه المرافق، فإن إدارتها تغاير أوضاع الدومين الخاص، وطبوق تنظيمها. ذلك أن ماليتها تضبطها معايير جامدة تحول دون مجاوزة تقديراتها، أو استخدامها فى غير الأغراض المرصودة عليها.

وما تقدم مؤداه، أن مفهوم المرفق العام، إنما يتحدد أصلاً بالنظر إلى طبيعة الأعمال التى يتولاها la notion matérielle، سواء أكن الانشقاع بها حقاً للمواطنين فى مجموعهم، أم كان مقصوراً على بعضهم.

ويفترض وجود هذا المرفق، عدداً من العناصر، أرجحها أن الأعمال التى ينهض المرفق بها، ينبغى أن تتصل جميعها -من جهة غايتها- بالمصلحة العامة؛ وأن يكون إشباعها مكشولاً أصلاً من خلال وسائل القانون العام les procédés de droit public ومقتضياً تدخل من أحد أشخاص هذا القانون، سواء قام عليها ابتداءً، أو عهد بها إلى غيره.

بيد أن شرط المصلحة العامة، وإن كان كامناً فى فكرة المرفق العام، ويعتبر مفترضاً أولياً لوجوده، إلا أن هذا الشرط ليس كافياً. ذلك أن المشروع قد يكون اقتصادياً متوخياً إشباع أغراض لها صلة ونقى بهذه المصلحة، ولا يعتبر مع هذا مرافقاً عاماً. وإنما يكون المشروع كذلك إذا استهدفها، وكان تحقيقها قد تم من خلال تدخل أحد أشخاص القانون العام إيجابياً فى الشؤون التى يقوم عليها، وليس لازماً أن يكون هذا التدخل عن طريق الاستغلال المباشر.

وإعمال هذه العناصر على ضوء للقضاء المقارن، يؤكد إطراده على أن الأعمال التى تنقد اتصالها بالمصلحة العامة Étrangée à l'intérêt public وكذلك تلك التى تكون ربحيتها le but lucratif غرضاً مقصوداً أصلاً من مباشرتها، لا تعتبر مرافقاً عاماً؛ على تقدير أن هذه للمرافق لا تبشر نشاطها أصلاً إلا من خلال خضوعها لقواعد القانون العام.

وحتى عند من يقولون بأن هذا القانون ليس بالضرورة قانون هذه المرافق، وأن من الإكسل التركيز على لجوبها إلى وسائل القانون العام فيما تتولاه من الأعمال؛ فإن إدارة أموال الدومين الخاص la gestion domaniales تظل نائية بطبيعتها عن مفهوم المرفق العام، بالنظر إلى أن هذه

الأموال مثبته -فى خصائصها ونظامها القانونى- بالملكية الخاصة، وأن إدارتها لا تتم أصلاً إلا بوسائل القانون الخاص التى تلتزم أغراض استخدامها واستثمارها.

وما تقدم موداه، أن المرفق العام لا يكون كذلك إلا بالنظر إلى موضوع الأعمال التى يبشرها l'objet de service، ومردودها Rentabilité، ونظم إدارتها Fonctionnement، وأن ما يعتبر معياراً مادياً لهذا المرفق le sens matériel ou objectif إنما يتصل بطبيعة الأعمال التى يؤدىها، ولا يجوز بالتالى أن يختلط بالجهة التى تقوم على إدارتها le sens organique ou formel فقد تكون شخصاً عاماً، أو يعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثانى

#### سلطة المرافق العامة فى توقيف الحجز الإدارى

##### لاقتضاء حقوقها

٢٠٥- تتوخى القواعد التى تضمها قانون الحجز الإدارى، أن تكون بيد أشخاص القانون العام وسائل ميسرة تمكنها من تحصيل حقوقها -على الأخص تلك التى تقابل أعمالاً بثلثتها أو تدابير اتخذتها- فلا ينقذ لقتضاؤها جبراً عن مدينيتها بالقواعد التى فصلها قانون المرافعات المدنية والتجارية فى شأن التنفيذ الجبرى، وإنما تختبر استثناء منها، وامتيازاً مقررأ لصالحها يجعلها دائماً فى مركز المدعى عليه، ذلك أن قرار جهة الإدارة بإسناد ديون تدعيها إلى آخرين، يفيد أن قولها بوجودها وتحديد لها لمقدارها، يعتبر سنداً تنفيذياً بها، يغنيها عن اللجوء إلى القضاء لإثباتها.

فلا يبقى مركزها مساوياً لمركز مدينيتها، بل يكون قرارها بالحقوق التى تطلبها منهم، سابقاً على التكيل عليها من جهتها Du privilège préalable، ونقلأ إليهم مهمة نفيها.

وتقتضى الطبيعة الاستثنائية لقواعد الحجز الإدارى، أن يكون نطاق تطبيقها مرتبطاً بأهدافها، ومتصلاً بتسيير جهة الإدارة لمرافقها.

(١) د تورية عليا -للقضية رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية دستورية- جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ -مساعدة رقم ٩٨- من ١٣١١ و ١٣١٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

فلا يجوز نقل هذه القواعد إلى غير مجالها، ولا إلباسها ثوباً مجافياً لحقيقتها، وعلى الأخص بالنظر إلى أن الديون التي تدعيها تعامل بافتراض ثبوتها في حق من تراهم مستترمين بها أو مسؤولين عنها.

وإذا جاز هذا الافتراض في شأن ديون تطلبها جهة الإدارة لنفسها، وتقتضيها بوسائل استثنائية في طبيعتها، تجوز بها ما يكون مألوفاً من صور التعامل في علائق الأفراد بعضهم ببعض، إلا أن بسطها وتقرير سرانها في شأن ما ينشأ عن العمليات المصرفية التي تبشرها البنوك من ديون تدعيها قبل عائلتها - الأصل فيها التحوط لأجلتها، وتهيتها وتوثيقها، وتكافؤ أطرافها في مجال إثباتها ونفيها - موداه إلحاق نشاطها - في هذا النطاق - بالأعمال التي يهتص عليها المرفق العام، واعتبارها من جنسها. وإخضاع تحصيل الديون التي تطلبها من عائلتها - دون مقتض - لقواعد تنافي بصرامتها، مرونة عملياتها وتجارياتها، وإلمئتان عائلتها إليها فيما يحصلون عليه من ائتمان منها.

ذلك أن الأعمال التي تقوم عليها البنوك بوجه عام، تعتبر جميعها من قبيل الأعمال المصرفية التي تعتمد أصلاً على تنمية الادخار والاستثمار، وتقديم خدماتها الائتمانية لمن يطلبها. وأعمالها هذه - بالنظر إلى طبيعتها - تخضعها لقواعد القانون الخاص. وهي تبشرها بوسائل هذا القانون، ولو كان رأس مالها مملوكاً - كلياً أو جزئياً - للدولة.

إذ لا صلة بين الجهة التي تملك أموالها، وموضوع نشاطها؛ ولا بطريقها في تسييره. وليس من شأن هذه الملكية أن تحيل نشاطها عملاً إدارياً، أو منفصلاً عن ربحيتها باعتبارها غرضاً نهائياً تنفيذه، بل هو مطلبها من تنظيمها لأعمالها وتوجيهها لها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### جواز الحجز على أموال المرافق العامة

٢٠٦ - تعتبر أموال المدين جميعها ضماناً للوفاء بدينه. والدائنون متكافئون في هذا الضمان، إلا أن من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون. والدائن بالتالي أن يتخذ في شأن أموال مدينه، الطرق التحفظية والتقينية اللازمة لاقتضاء حقوقه منها. ولئن كان المشرع قد جرى أحياناً

(١) الحكم السابق من ١٣١٣ - ١٣١٤ من الحكم السابق.

على استثناء بعض الأموال من الحجز عليها، كتنقيده عدم جواز الحجز على أدوات المرفق العام اللازمة لسيره لزوماً حتمياً، إلا أن هذا الاستثناء يظل منحصراً في دائرته الضيقة، ومقيداً بدوافعه.

ولا يجوز بالتالي أن يمتد إلى غير الأموال التي تعلق بها، ولو كانت الاعتبار التي تنسب وجهته في حالة بذاتها، متوافرة في حالة أخرى لا نص عليها.

إذا كان ما تقدم، وكان المشرع -تقديراً منه لأهمية دور بعض الهيئات ذات النفع في مجال رعاية النشء وتنمية ملكاته، وتأهيله للنهوض بمسئوليته، وتحمل تبعاتها في سبيل الارتقاء بأمنه ودعم مكانتها في أكثر الميادين أهمية- قد خوّل على هذه الهيئات -من أجل تمكينها من مباشرة أغراضها- جانباً من خصائص السلطة العامة؛ وكان الأصل في هذه الهيئات أنها تباشر نشاطها بوصفها من أشخاص القانون الخاص، ملتزمة في إدارتها لشئونها بوسائل هذا القانون؛ فلن يمكن تمتع به من امتيازات السلطة العامة، لا يدمجها في أشخاص القانون العام؛ ولا يجعلها جزءاً من تنظيماتها.

وما كان المشرع ليجردها من مزاولة بعض مظاهر السلطة العامة اللازمة لمباشرة نشاطها وإلا حال بينها وبين أداء رسالتها؛ وكان المشرع قد كشف كذلك عن حقيقة هذه الهيئات فاعتبرها من الهيئات الخاصة؛ فإن أموالها -بضرورة- تكون من الأموال الخاصة التي يجوز -في الأصل- الحجز عليها واقتضاء الحقوق منها.

وما قرره المشرع من أن أموال هذه الهيئات تعتبر من الأموال العامة؛ في تطبيق أحكام قانون العقوبات، يدل لزوماً على أن لمواليها لا تندرج أصلاً تحت الأموال العامة، وإنما أحقها المشرع مجازاً بها، واعتبرها حكماً جزءاً منها، في مجال تطبيق النصوص العقابية التي فرضتها لحماية الأموال العامة، متوخياً بذلك صون أموال هذه الهيئات من العبث بها وإحكام الرقابة عليها، وزجر المتلاعبين فيها، مع بقائها -في غير هذا المجال- من الأموال الخاصة التي يجوز الدائن اقتضاء حقه منها، حال الامتناع عن الوفاء به اختياراً<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية دستورية- جلسة ٢ أبريل ١٩٩٣- قاعدة رقم ٢١ من ٢٤١ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

### الفروع الرابع

#### العقود الإدارية وصلتها بإدارة وتسيير المرافق العامة

٢٠٧- تتصل العقود الإدارية بنشاط المرافق العامة في مجال تسييرها أو تنظيمها أو تطويرها. بيد أن المحكمة الدستورية العليا، تركز على وسائل القانون العام في مجال تحديثها لنواصل التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص التي تدخل الإدارة فيها، ذلك أن الإدارة لا تبرم للعقود الإدارية وفق الأوضاع ذاتها التي يرتضيها المتعاقدون في عقود القانون الخاص، ولكنها تظهر في العقود الإدارية بوصفها سلطة عامة. وهي تصح عن سلطتها هذه من خلال تضمينها العقد شروطاً استثنائية لا يألفها الأفراد فيما يدخلون فيه من روابط القانون الخاص، نظراً بأن هذه الشروط هي التي تؤكد بها جهة الإدارة لفتحها لوسائل القانون العام التي تبلور بذواتها خصائص السلطة العامة وتمييزاتها، فلا يتكلاً مركزها -بعد اللجوء إليها- مع المتعاقدين معها<sup>(١)</sup>.

٢٠٨- وتردد المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى بقولها بأن الأصل في العقود هو طبيعتها المدنية التي لا يجوز الخروج عليها إلا في الأحوال الاستثنائية التي تصحح بها جهة الإدارة عن نيبتها في انتهاج وسائل القانون العام في شأن العقود التي تبرمها، وعلى الأخص من خلال امتيازاتها التي تباشرها قبل التعاقد معها، أو عن طريق تحويلها هذا التعاقد جانباً من سلطاتها لاستخدامها في تسيير وتنظيم مرافق عام كان ينبغي أن تقوم أصلاً عليه.

فلا تكون هذه الوسائل الاستثنائية في طبيعتها، إلا تعبيراً عن خصائص السلطة العامة التي لا تتكأف معها في العقود مصالح أطرافها، بل تكون المصلحة العامة مدخلها وغايتها، وبها ترجح الحقوق التي تقارنها أو تتصل بها، على ما مبواها<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" للقضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "تتزعج" -جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٤- ص ١٥١٣ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" للقضية رقم ٧ لسنة ١٨ قضائية "تتزعج" -جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٥- ص ١٥٢١ من الجزء الثامن.

### الفرع الخامس

#### عمال المرافق العامة

##### أولاً:

#### ضوابط شغل الوظيفة وضماناتها

٢٠٩- يعتبر الحق في العمل منخلاً إلى تولى الوظيفة. ومن ثم حرص الدستور على ضمان هذا الحق باعتباره وثيق الصلة بالحق في الحياة، وبضرورة صون الحرية الشخصية من القيود التي ترفعها دون مقتض؛ وبتكامل الشخصية وتناميها؛ وبإلقيم الخلقية التي يقوم عليها التضامن الاجتماعي، وبحق الناس جميعهم في تطوير الجماعة التي يمايشونها وإثراء ملامحها.

ولا يجوز بالتالي التمييز في مجال شروط مباشرة العمل إلا وفق للضرورة التي تقتضيها الضوابط الموضوعية اللازمة لتنظيمه، وعلى الأخص ما اتصل منها بالأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها، وما يحيطها من عناصر بيئتها. ذلك أن شروط أداء العمل، لا يجوز انتزاعها من محيطها، ولا تحريفها عن أهدافها.

واعتبار العمل حقاً وفقاً لنص المادة ١٣ من الدستور، مؤداه أن الشروط التي يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، بها ينهض سويًا على قدميه، ولا يتصور وجوده في غيبتها.

ومن ثم لا تتعزل هذه الشروط عن الحق الذي نشأ مرتبطاً بها، مكتملاً وجوداً بتحقيقها، وهي بعد شروط موضوعية يعكس بها في تقدير أجر العمل، وكذلك في تحديد الأحق بالحصول على للمزايا التي يرتبها، وأشكال حمايتها، ووسائل اقتضاها<sup>(١)</sup>.

ويعتبر من مزايا العمل ومساوئه تعلق بنشاط يبشره مرفق عام، أم كان واقعاً في منطقة القانون الخاص، ما يقيم بعض الجهات لموظفيها أو عمالها من مساكن يأوون إليها، كي توفر بها ظروفًا أفضل لأداء ما نيط بهم من أعمال.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ ص ١٢٩٠ - ١٢٩٢ من الجزء الثامن.

فلا يشغلها هؤلاء بعد انقطاع صلتهم بجهة عملهم، وزوال حقهم فى الأجر. وإنما يكون لها أن تتسلمها منهم، حتى توفرها لعمال آخرين ينهضون بالأعمال ذاتها أو بغيرها، فلا تتعثر خطاها.

وما ذلك إلا استصحابا لأصل مقرر فى شأن روابط العمل مؤداه أنها غير مؤبدة بطبيعتها، وأن مالها بالتالى إلى زوال؛ إما باستكمال الأعمال موضوعها، أو بانتهاء المدة المحددة لإتمامها.

فلا تبقى بعد انتهاء رابطة العمل الحقوق التى أنتجتها، ولا المزايا التى كفلتها، ويندرج تحتها أماكن دبرتها جهة العمل لمكنى عمالها، فلا يستقيم بقاؤهم فيها بعد انتهاء عملهم.

ذلك أن انتهاء عقد العمل يفيد بالضرورة لقضاء الحق فى الأجر بكل العناصر التى يشتمل عليها، والتى يدرج تحتها تخصيص جهة العمل مساكن لعمالها، بما يحول دون احتفاظهم بها بعد انتهاء خدمتهم. لا تمييز بينهم فى ذلك، إذ تنتظمهم جميعا القواعد ذاتها والأسس عينها، فلا تتباين تطبيقاتها، بل تحد ضوابطها<sup>(١)</sup>.

### ثانياً

#### بين الترقية بالاختيار والترقية بالأقدمية

٢١٠- كذلك، فإن الأصل أن يكون لكل وظيفة حقوقها وواجباتها، فلا تقابل مزاياها بغير مسؤوليتها، ولا يكون وصفها وترتيبها، منفصلاً عن متطلباتها التى تكفل للمرافق حيويتها واسود تقدمها، وقابلية نظمها للتعديل وفق أسس علمية قوامها التخطيط المرن وحرية التعبير.

فلا تتعثر أعمال الوحدة الاقتصادية أو الإدارية أو نقصد اتصال حلقاتها ببعض، أو ندرجها فيما بينها.

بما مؤداه أن لكل وظيفة تبعاتها، فلا يشغلها إلا من يستحقها على ضوء طبيعة الأعمال التى تدخل فيها، والمهارة والخبرة اللازمة لها.

(١) "مستورية عليا" -القبضة رقم ٩٥ لسنة ١٨ ق دستورية- جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦٠ من ٨٩٥

- ٨٩٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولا يجوز بالتالى أن يكون التعيين فى وظيفة بذاتها، أو الترقية منها إلى ما يعلوها، مجرد تطبيق حرفى لمقاييس صماء، لا تأخذ فى اعتبارها خصائص كل وظيفة ومرتبها، والحد الأدنى للتأهيل لها، وغير ذلك من مقوماتها الموضوعية<sup>(١)</sup>.

وتمثل الترقية بالاقتدار فى مفاهيم الدول المتحضرة، انجهازا إلى الأصلح والأكثر عطاء.

ومن ثم تعتبر أسلوبا ملائما لتولى مهام أعمال بعينها، تكون بالنظر إلى أهميتها وموقعها من الهيكل التنظيمى للوحدة الاقتصادية أو الإدارية، مؤثرة إلى حد كبير فى نشاطها، وتحقيق الأغراض التى تقوم عليها.

ولا يجوز بالتالى أن يعهد بهذه الأعمال لغير من يؤدونها بحقها من خلال جهد خلاق يتفاعل مع مسؤولياتها؛ ويقابل بالتحليل الموضوعى ما يطرأ فى العمل من مشكلاتها.

وعلى سلطة التعيين أن تفاضل بين المترشحين على وظيفة بعينها، على ضوء أصلحهم للدهوض بها وفق ملكاتهم العقلية والنفسية والخلقية؛ وبافتراض أنهم لا يتحدون فى كفايتهم لتوليها؛ وأن لبعضهم من عناصر الامتياز والتفوق ما يرجحهم على غيرهم؛ وأن تقدير هذه العناصر لتحديد من يكون من بينهم أجدر بها، وأحق بالتعيين أو الترقية إليها، عملية موضوعية لا تصدر فيها الجهة التى تقولها عن أهولها. بل عليها أن تزن عناصر التقويم جميعها بميزان الحق والعدل، وعلى ضوء نظرة واقعية ترتبط بخصائص الوظيفة ومتطلباتها، وإلا كان قرارها مشوبا بإساءة استعمال السلطة<sup>(٢)</sup>.

ولا كذلك أن تكون الترقية بالأقدمية التى لا يعتد فيها بغير مدة الخدمة الفعلية<sup>(٣)</sup> -لا للفرضية- التى قضاها العامل قائما بأعباء عمله أو وظيفته. ذلك إنها تتناقض بطبيعتها الترقية بالاقتدار.

(١) "مسنورية عليا" -القضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية "مسنورية" جلسة ١٥/٣/١٩٩٧ -قاعدة رقم ٣١ -ص

٥٠٠ - ٥٠٢ من أجزاء الثامن.

(٢) ص ٥٠٢ - ٥٠٣ من الحكم السابق.

وغايتها ألا يتقدم من كان طارئاً على الوظيفة، على من نهض بأعبائها قبله، وعلى تقديم من من باشر العمل فعلاً، أولى بالنظر ممن اعتبر قائماً به حكماً، وبمراعاة أن تقديم زميل على آخر لأهميته، إنما يكون في وظيفة من الدرجة نفسها في الجهة ذاتها<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً

#### ملاحقة القاتمين بالعمل العام من خلال الإدعاء المباشر

٢١١- ينص البند ثانياً من الفقرة ٣/ من المادة ٢٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه لا يجوز للمدعى بالحقوق المدنية أن يرفع الدعوى إلى المحكمة عن طريق تكليفه لخصمه مباشرة بالحضور أمامها إذا كانت الدعوى موجهة ضد موظف أو مستخدم عام، أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ما لم تكن من الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ من قانون العقوبات<sup>(٢)</sup>.

ويعتبر البند ثانياً استثناء من الحق المقرر لكل شخص في أن يقيم نفسه مدعياً بالحقوق المدنية طلباً للتعويض عن الضرر المباشر الناشئ عن الجريمة. وإذا كانت المدعية في الخصومة الدستورية تتوخى أن تلاحق موظفاً من خلال الإدعاء المباشر - عن جريمة ارتكبها أثناء تأدية وظيفته لتعويضها عن الأضرار المباشرة التي لحقتها هذه الجريمة بها، وكانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية نفعها بعدم دستورية هذا البند باعتباره حائلاً بينها وبين اقتضاء الحقوق التي تطلبها في النزاع الموضوعي، وكانت المدعية قد قررت في منعها على ذلك البند، أنه صادر -بغير مبرر- حق الناس في ملاحقة الجناة أمام القضاء بما أضفاه من حصانة على الموظفين والمستخدمين ورجال الضبط، وهم فئة بعينها قصد أن يعطل معالجتهم قضائياً عن الجرائم التي حددها، دون أن يستند في ذلك لغير صفاتهم، متزاعاً بوقوع جرائمهم هذه أثناء تأديتهم لوظائفهم

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ ص ١٢٩٠ - ١٢٩٣ من الجزء الثامن.

(٢) تعاقب المادة ١٢٣ من قانون العقوبات كل موظف عومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة، أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم، أو وقف تنفيذ حكم أو قرار صادر من المحكمة. وكذلك إذا امتنع عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر.

أو بسببها؛ إلا أن منعها ذلك لم يحظ بقبول من المحكمة الدستورية العليا التي خلص حكمها فسى  
دعواها إلى رفضها، مستنداً في ذلك إلى ما يأتي:

أولاً: أن ما تنص عليه المادة ٧٠ من الدستور من أن للدعوى الجنائية لا تقام إلا بأمر من  
جهة قضائية فيما عدا الأحوال التي يحددها القانون؛ يعنى أن الادعاء المباشر ليس استصحاباً  
للأصل في الدعوى الجنائية؛ وإنما هو استثناء من قواعد تحريكها، تقديرأ بشأن النيابة العامة  
وعلى ما تنص عليه المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية- هي التي تختص دون غيرها  
برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

كذلك فإن تفويض الدستور السلطة التشريعية في تحديد الأحوال التي لا تقام الدعوى  
الجنائية فيها بأمر من جهة قضائية، مؤداه جواز تضييقها لنطاق الحق في الادعاء المباشر وفق  
شروط موضوعية لا ينافض تطبيقها حكماً في الدستور.

ثانياً: وازن المشرع -في نطاق الحق في الادعاء المباشر- بين أمرين، أولهما: الضرورة  
التي يقتضيها استعمال هذا الحق في إطار الأغراض التي شرع لها (١)؛ وثانيهما: الأضرار التي  
ينبغي توقيها إذا نفض هذا الاستعمال تلك الأغراض وتكبها؛ فرجح ثانيهما على أولهما، تقديرأ  
بأن الأضرار التي ترتبط بإساءة استعمال الحق في الادعاء المباشر، يكون نفعها أولى؛ ولا يجوز  
بالتالي أن تقدمها مزاياء.

ذلك أن القائمين بالعمل العام -الذين حال المشرع دون أن يكلفهم المدعى بالحقوق المدنية  
بالحضور مباشرة أمام المحكمة الجنائية- لا يباشرون أعمال وظائفهم بعيداً عن مصالح المواطنين  
الذين يلجون أبوابهم لقضاء حوائجهم. بل يتردد موقفهم من طلباتهم بين تلبية أو معارضتها بحق؛  
مما يؤثر غرائز النفس البشرية ونزواتها التي كثيراً ما تتجنح مع سوء ظنها إلى التجريح ناباً عن  
مولزين الحق والعدل، فلا يكون شططها وضيقها بالقائمين على العمل العام إلا تجنياً واستراء،  
يقترن -في الأعم- بالنطاول عليهم للحظ من قدرهم، ونيلاً من اعتبارهم؛ لتكهن عزائمهم فلا  
يتأثرون على أعمالهم بالهمة الكافية، وإنما يقصرون فيها قعوداً عنها، أو يتصلون منها نكولاً عن

(١) الحق في الادعاء المباشر، طريق رسمه القانون لمواجهة تظلمات النيابة العامة أو نقاعها عن رفع الدعوى  
الجنائية، دور مقتض. وهو بذلك نوع من الرقابة على تصرفاتها.

مسئوليتها، ووجلا من محاسبتهم بسببها، مما يصرفهم عن الأداء الاكوار لها، لاسيما وأن المشرع قد اختصهم بجرائم قصرها عليهم، وغلظ عقوبتها في شأنهم حملاً لهم على القيام بواجباتهم في الصورة الأقرب لها.

ولا يجوز بالتالي أن يفترض اطمئنانهم إذا كان لكل مدع بالحقوق المدنية أن يلاحقهم جنائياً عن جرائم يتهمهم بارتكابها، ولو تعثر الدليل عليها أو كان متخاذلاً، متشكراً زيفاً برداء الحق، ليقوض بذلك مسكنتهم ما بقي الاتهام الجنائي مسلطاً عليهم، موهناً عزائمهم، ملقياً عليهم ظلالاً من الشبهة التي تنال من سمعتهم.

وكان على المشرع بالتالي أن يرد عنهم بالنص المطعون فيه - غائلة عدول أكثر احتمالاً وأدنى إلى الوقوع بضمناً لأن يتقيد الحق في الادعاء المباشر، بالأغراض التي شرع من أجلها، فلا ينقلب عليها<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن إسقاط الحق في الإدعاء المباشر في الحدود التي بينها النص للمطعون فيه، لا يتوخى حماية للقائم بالعمل العام، بل صون الوظيفة العامة مما يعطل أو يحد من جريان تشئوننا وانتظامها بما يحق أهدالها، فلا يعرقل تكفيها قيد بنافي واجباتها..

رابعاً: أن الدعوى الجنائية لا يحركها الادعاء المباشر إلا طلباً لحقوق مدنية بطبيعتها. والأصل أن ترفعها عند إنكاره في جرائم بذواتها، الجهة التي تختص بها أصلاً، شأن الجرائم التي يرتكبها القائمون بالعمل العام أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها في ذلك شأن غيرها من الجرائم.

وهو ما يعني أن هؤلاء لن يفلتوا من المسؤولية الجنائية عن أفعالهم التي أتهما المشرع، بل تظل محاسبتهم عنها - إذا قام الدليل عليها - حقاً للنيابة العامة في إطار اختصاصاتها الأصلية.

(١) نقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٨/٤/١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٢٦٢ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس، من أن الدستور لم يخول حق الادعاء المباشر إلا في حالة بذاتها هي التي يقوم فيها للحكوم له بطلب التعويض المدني عن جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي أو تعطيل تنفيذ - وهي الجريمة المنصوص عليها في المادة ٧٢ من الدستور - وفيما عدا هذه الحالة، فقد فوض للدستور - بنص المادة ٧٠ منه - المشرع في تحديد الأحوال التي تقام فيها الدعوى الجنائية عن غير طريق للجهة القضائية. ويندرج تحتها الحق في الادعاء المباشر.

خامساً: أن حظر الادعاء المباشر في الجرائم المشار إليها في البند ثانياً من الفقرة ٣/ من المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية، لم يقصد إلى إفراد المتهمين بارتكابها بمعاملة استثنائية يعطون بها على غيرهم؛ ولا أن يمنحهم ميزة يؤثرهم بها على سواهم من المتهمين.

بل تخيلاً هذا الحظر ضمان الأداء الاقوم للعمل العام، وأن يكون الطريق إليه غير محاط بعوائق تحول دونه، أو تدعو إلى التردد في القيام به توكفاً للمسئولية عنه. فلا ينال من حسن أدائه، متخربون يعطلون سيره إفاً. وإن حظر المشرع في الجرائم التي عينها، الحق في الإدعاء المباشر على ضوء ما تقدم، فإن هذا الحظر يكون قائماً على أسس موضوعية تنظم المخاطبين به، وبما لا إخلال فيه بتساويهم أمام القانون<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً

#### حق العامل في أجازة سنوية

٢١٢- أن ما تنص عليه المشرع من ضمان حق العامل في أجازة سنوية بالشروط التي حددها، هو أن يستفيد العامل من خلالها قواه المادية والمعنوية.

ولا يجوز بالتالي أن ينزل العامل عنها، ولو كان هذا للنزول ضمنياً بالامتناع عن طلبها.

وهو ما ترد بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٣ من قانون العمل التي يدل حكمها على أن هذه الأجازة فريضة تقتضهاها المشرع من كل من العامل ورب العمل، فلا يملك أيهما إهدارها، ولا أن يدعى العامل أنه بالخيار بين طلبها أو تركها؛ وإلا كان للتخطي عنها إتهاكاً لقواء، وتبيدياً لطاقتها مؤنناً يوهنها ثم اندثارها؛ وإضراراً بمصلحة العمل ذاتها التي يتعذر صونها مع الاستمرار فيه دون انقطاع.

وهو ما يعني أن الحق في الأجازة السنوية يتصل بقيمة العمل وجدواه؛ وينعكس بالضرورة على كيان الجماعة، ويمس مصالحها العليا صونها لقوتها الإنتاجية البشرية.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "سنوية" - جلسة ١٩٩٧/١/٤ - قاعدة رقم ١٦- ص ٢٣٥ وما بعدها من الجزء الثامن.

ولا يعتبر طلب العامل أجازته السنوية، منشأ للحق فيها، ولا تخلبه عنها مسقطا لهذا الحق. فليس للعامل خيار في أن يفيد منها أو يعرض عنها، ذلك أن نص القانون مصدر مباشر لها، ويبطل بالتالى كل اتفاق على خلافها لخروجه على قاعدة قانونية أمرية. بل إن ما يقابل الأجازه التى حصل العامل عليها، من الأجر المقرر لها، يتعين أن يكون حقا مكفولا لكل عامل، وإلا أحجم عنها.

وإذ دل المشرع بالفقرة الثالثة من المادة ٤٥ من قانون العمل، على أن العامل لا يجوز أن يتخذ من الأجازه السنوية "وعاء ادخاريا" من خلال ترحيل مددها التى تراخى فى استعمالها سواها كان مقدارها- ثم تجميعها ليحصل العامل بعد انتهاء خدمته على ما يقابلها من الأجر؛ وكان ضمان المشرع لمصلحة العمل ذاتها، قد اقتضاء أن يرد على العامل سوء قصده، فلم يجز أن يحصل على أجر عن هذا الرصيد، إلا عن مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر؛ وهى بعد مدة قدر المشوع أن قصرها يعتبر كافلا للأجازه السنوية غايتها.

إلا أن هذه المدة التى حدد المشرع أقصاها، ينبغى أن يكون سريانها مقصورا على تلك الاجازه التى قصد العامل إلى عدم الانتفاع بها من أجل تجميعها.

فإذا كان نويتها منسوباً إلى رب العمل؛ ومنتهيا إلى الحرمان منها فيما يجاوز ثلاثة الأشهر؛ كان مسئولاً عنها بكاملها.

ويجوز للعامل عندئذ أن يطلبها جملة أيا كان مقدارها، إذا كان تنفيذ ذلك عينا ممكنا؛ وإلا تعين أن يعوض عنها بما يعادل سعلى الأكل- أجره عن كامل هذا الرصيد أيا كان مقداره؛ ذلك أن المدة التى امتد إليها الحرمان من استعمال تلك الأجازه، سببها إجراء اتخذته رب العمل، وعليه أن يتحمل تبعته.

ولئن كان الدستور قد خول السلطة التشريعية بنص المادة ١٣، تنظيم حق العمل، إلا أنها لا يجوز أن تعطل جوهرة؛ ولا أن تتخذ من حمايتها للعامل موطئا لإهدار حقوق بملكها، وعلى الأخص تلك التى تنصل بالأوضاع التى ينبغى أن يمارس فيها؛ ويندرج تحتها الحق فى الأجازه السنوية التى لا يجوز لجهة العمل أن تحجبها عن عامل يستحقها؛ وإلا كان ذلك منها عدوانا على سلامته صحيا ونفسيا؛ وإخلالا بأحد التزاماتها الجوهرية التى يعتبر نص القانون مصدرا مباشرا

لها، والتي لا يجوز كذلك للعمال أن يسقطها؛ واستتارا بتنظيم حق العمل للحد من مدهاء؛ وكان نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٥ من قانون العمل، لا يرخص للعمال بأن يضم من مدد الأجازة السنوية التي قام بتجميعها ما يزيد عن ثلاثة شهور، حماية منها للعمال حتى لا يبند قواه؛ وكان أكثر ما يهدد العامل أن تنتزع جهة العمل بواجبها في تنظيمه لتحول دون حصول العامل على أجازة يستحقها؛ فإن حرمانها العامل منها -وفيما يجاوز الأشهر الثلاثة التي حددتها الفقرة المطعون عليها- يعتبر تقويتا لحق العامل فيما يقابلها من تعويض يتحدد مدهاء بقدر الأضرار التي رتبها هذا الحرمان -المادية منها والمعنوية- وبمراعاة أن الحق في هذا التعويض من الحقوق الشخصية التي تكفلها المادتان ٣٢ و ٣٤ من الدستور اللتان جرى قضاء هذه المحكمة على اتساعها للأموال بوجه عام، وانصرافها بالتالي إلى الحقوق الشخصية والعينية جميعها، وكذلك إلى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

#### خامسا

#### حق الجمع بين الأجر والمعاش<sup>(١)</sup>

٢١٣ - تؤسس المحكمة الدستورية العليا هذه القاعدة على دعامتين:

أولاهما: أن العمل، ليس ثرقا ولا يمنح تفضلا. وما نص عليه الدستور في الفقرة الأولى من المادة ١٣ من اعتبار العمل حقا، مؤداه ألا يكون تنظيم هذا الحق مناقضا لفحواه، وأن يكون فوق هذا اختيارا حرا، والطريق إليه محددا وفق شروط موضوعية مناطها ما يكون لازما لإنجازه.

وقد شرط الدستور -الفقرة الثانية من المادة ١٣- لقتضاء الأجر العادل حتى في الأحوال التي يفرض العمل فيها جبرا على العامل؛ وكان الإسهام في الحياة العامة قد غدا واجبا وطنيا وفقا لنص المادة ٦٢ من الدستور؛ وكان على الجماعة كذلك -وعلا بنص المادة ١٢ من الدستور- أن تعمل على التمكن لقيمها الخلقية والوطنية وفق مستوياتها الرفيعة؛ فإن الوفاء بالأجر عن عمل

(١) للفتية رقم ٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٧/٦/٣- قاعدة رقم ٤٣- ص ٦٥٣ وما بعدها من الجزء الثامن والفتية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ١٥ -ص ١٠٢ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

تم أدلأه فى نطاق رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية ارتبط طرفاها بها، وحدد الأجر من خلالها، يكون بالضرورة أولى بحماية الدستور وأجدر.

**ثانيهما:** أن الدستور وإن كفل للمشرع بنص المادة ١٢٢ -الاختصاص بقرير القواعد القانونية التى توفر للمواطنين احتياجاتهم الضرورية التى يتحررون بها من العوز، وينهضون معها بمسئوليتهم قبل أسرهم، بما فى ذلك قواعد تحديد مرتباتهم ومعاشاتهم وتعويضاتهم وإعاناتهم ومكافأاتهم، مع بيان أحوال الاستثناء منها، والجهات التى تتولى تطبيقها؛ إلا أن التنظيم التشريعى للحقوق التى كفلها المشرع فى هذا النطاق، يكون مجافيا أحكام الدستور، إذا تناول هذه الحقوق بما يهدرها، بما فى ذلك الحق فى معاشاتهم التى توافر أصل استحقاقها. ذلك أن حرمانهم منها ينافى تقيد الجهة التى تقررت عليها بها.

وهو ما تؤكدته قوانين التأمين الاجتماعى على تعاقبها. إذ يبين منها أن المعاش الذى تتوافر بالتطبيق لأحكامها شروط اقتضائه عند انتهاء خدمة المؤمن عليه وفقا للنظم المعمول بها، يعتبر إلزاما ترتب بنص القانون فى ذمة الجهة المدينة.

وإذا كان الدستور قد خطا بمادته السابعة عشرة خطوة أبعد فى اتجاه دعم التأمين الاجتماعى، حين ناط بالدولة أن تكفل لمواطنيها خدماتهم للتأمينية -الاجتماعية منها والصحية- بما فى ذلك تقرير معاش لمواجهة بطلانهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم فى الحدود التى يبينها القانون؛ فذلك لأن مظلة التأمين الاجتماعى -الذى يمتد نطاقها إلى الأشخاص المشمولين بها- هى التى تكفل معاملتهم -وكحد أدنى- بصورة إنسانية لا تمنع فيها تأمينهم وما يوفر كذلك لحريتهم الشخصية مناخها الملائم، ويصلهم بالحق فى الحياة من خلال تدفق رواتبها.

وعلى ضوء ما تقدم، لا يجوز أن يكون حق المتقاعدين فى معاشاتهم التى قام الدليل على استحقاقهم لها، نائيا لحقهم فى الأجر عن أعمال جديدة دخلوا فيها بعد تقاعدهم، ذلك أن اجتماع هذين الحقين ليس فقط متصورا، بل هو كذلك ضرورة قانونية بالنظر إلى اختلافهما مصدرا وسببا.

فبينما نص القانون مصدرا مباشرا للحق فى المعاش؛ فإن الحق فى الأجر يرتد فى مصدره المباشر إلى ذات رابطة العمل الجديدة.

كذلك يقوم الحق في المعاش وفقاً للقواعد التي تقرر بموجبها، وتحدد مقداره على ضوءها، عن مدد خدمة أمضاها أصحابها في الجهة التي كانوا يعملون بها، وأداء عنها حصصهم في التأمين الاجتماعي.

ولا كذلك الأجور التي يستحقونها من الجهة الجديدة التي تعاقدوا معها على العمل بها. ذلك أن هذه الأجور تقابل جهدهم المشروع فيها، وهي كذلك باعثهم إلى التعاقد معها. فلا يكون أداء العمل بها غير مصدر للحق في اقتضاء هذه الأجور.

ولا يجوز القول كذلك بأن المشرع عامل الأجر باعتباره بديلاً عن المعاش. ذلك أن الالتزام لا يكون بديلاً إلا إذا قام المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي. وهو بذلك يفترض مديناً واحداً تقرر البديل لمصلحته، وتبرأ ذمته إذا أداء بدل المحل الأصلي.

ولا كذلك اجتماع المعاش والأجر؛ ذلك أن الالتزام بهما لا ينشأ في ذمة مدين واحد. ولا يقوم ثانيهما مقام أولهما.

فضلاً عن اختلافهما مصدراً؛ ومن ثم ينحل العنوان على أيهما إخلالاً بالملكية الخاصة التي كفل الدستور أصل الحق فيها.

#### سادساً

#### مرافقة أحد الزوجين للآخر<sup>(١)</sup>

٢١٤- كان نص المادة ٨٩ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات، يقضى بما يأتي:

"مع مراعاة حسن سير العمل في القسم وفي الكلية أو المعهد، يجوز الترخيص لعضو هيئة التدريس في إجازة خاصة بدون مرتب، لمرافقة الزوج المرخص له في السفر إلى الخارج لمدة سنة على الأقل. ويكون الترخيص بقرار من رئيس الجامعة بناء على طلب عميد الكلية أو المعهد بعد أخذ رأي مجلس القسم المختص".

(١) "تسوية عليا" - القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "تسوية" - جملة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٩٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وقد طلب أستاذ بجامعة المنوفية، الترخيص له بالسفر لمرافقة زوجته المتماقذة بالسعودية، إلا أن رئيس هذه الجامعة، رفض ملحه هذا الترخيص بناء على الملطة التقديرية التي يملكها وفقا لنص المادة ٨٩ المشار إليها.

نفذ الزوج بعدم دستوريته أمام قاضى الموضوع، ثم أقام دعواه الدستورية بعد تقدير جدية دفعه فى النزاع الموضوعى.

وقد خلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية المادة ٨٩ المشار إليها تأسيسا من جهتها على دعامتين:

أولاهما: أن الزوجين -من خلال الأسرة التي كونها- يمتزجان فى وحدة يرتضيانها، يتكاملان بها، ويتوجان بالفاء جوهرها، ليظل نبتها متراميا على طريق نماتها، وعبر امتداد زمناها، مؤكدا حق الشريكين فيها، فى أن يتخذا من خلالها أنق قراراتها وأوتقها اتصالا بمصائرها، بما يصون لحياتهما الشخصية أعمق أغوارها، لتظهر الحياة العائلية فى صورها الأكثر تألقا وترلحا.

وتعين بالتالى ألا ينفصل الحق فى تكوين أسرة، عن الحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها بما يكفل وحدتها، ولا يؤثر سلبا فى ترابطها أو فى القيم والتقاليد التي تنصهر فيها، والتي لا زال الدين يشكلها فى الأعم من مظاهرها، وعلى الأخص فى مجال اختيار أنماط الحياة التي يقبلها أفراد كل أسرة، ويرتضونها طريقا لتوجهاتهم بما يصون أعراضهم وعقولهم وأبدانهم وعقيدتهم مما ينال منها أو يقوضها.

ثانيتهما: أن البند الأول من المادة ٦٩ من قانون العاملين المدنيين فى الدولة، جرد الجهة الإدارية من سلطاتها التقديرية فى شأن منح الأجازة الخاصة التي يطلبها الزوج أو الزوجة إذا سافر أحدهما إلى الخارج للعمل أو الدراسة مدة ستة أشهر على الأقل، على ألا تجاوز هذه الأجازة مدة بقاء الزوج فى الخارج، سواء كان الزوج الممسافر من العاملين فى الحكومة أو فى القطاع العام أو الخاص.

وفيما عدا هذه الحالة التي يتعين فيها على الجهة الإدارية أن تستجيب لطلب الزوج أو الزوجة، فإن منح العامل أجازة خاصة للأسباب التي يبيديها -على ما ينص عليه البند الثانى من

المادة ٦٩ من قانون العاملين المدنيين في الدولة- يكون راجعا لتقدير جهة العمل. بما مؤداه أن هذا القانون وازن بوضوح بين مصلحة العامل للمتزوج في صون أسرته وبين حسن سير العمل. فلم يجز البند الأول من المادة ٦٩ من ذلك القانون تمزيق لوصال الأسرة أو تشتيتها وبعثرة جهودها وتنازع أفرادها، وعلى الأخص من خلال تفرق أبنائها بين أبوين لا يتولجان معا، بما يرد سلبا على صحتهم النفسية والعقلية والبدنية، ويقلص الفرص الملائمة لتعليمهم، وإعدادهم لحياة لائقة.

بيد أن نص المادة ٨٩ من قانون تنظيم الجامعات -المطمون فيه-، خول الجهة الإدارية التي يتبعها عضو هيئة التدريس، سلطة تقديرية تترخص معها في منح الإجازة الخاصة التي يطلبها هذا العضو لمرافقة زوجها أو زوجته التي أنن لأيهما بالسفر إلى الخارج؛ وكانت الأسرة التي حرص الدستور على صون وحدتها، وأقامها على الدين والخلق والوطنية، هي الأسرة المصرية بأعرافها وتقاليدها وتضامنها وتراحمها واتصال روابطها؛ فإن الحماية التي كفلها للدستور لها، لا تتحدد بالنظر إلى موقعها من البنيان الاجتماعي، ولا بطبيعة عمل أحد الأبوين أو كليهما، ولا بواقعة خضوعهما أو أحدهما لتنظيم وظيفي خاص أو عام.

بل يتعين أن يكون مفهوم الأسرة ومتطلباتها، نائيا بها عما يقوض بنيانها، أو يؤول إلى انحرافها، وإلا كلن ذلك إخلالا بوحدتها التي ينافيها انفصال أحد الزوجين عن الآخر على نحو يكون فارقا لبنيان الأسرة، نائيا تلاحمها، مقبما شريعتها على غير الحق والعدل. وهو ما يتحقق بإعمال الجهة الإدارية التي يتبعها عضو هيئة التدريس لمسلطتها التقديرية المخولة لها بمقتضى نص المادة ٨٩ المشار إليها.

### المبحث السادس

#### اتصال الرقابة القضائية على الدستورية

##### بتطبيق قواعد القانون الدولي العام

٢١٥- وتخلق المحكمة الدستورية العليا فوق أسوار قواعد القانون الدولي العام بقصد تحديد ضوابطها، سواء في ذلك ما تعلق منها بالمعاهدات الدولية -وهي قواعد اتفاقية ارتضتها للدول أطرافها- أو ما تعلق من أحكام هذه القانون بأعرافها التي توافر عليها العمل فيما بينها، وعلى الأخص تلك التي لا يجوز تعديلها Jus Cogens.

وتزداد أهمية قواعد القانون الدولي العام، في أنها لم تعد غنى صورها الأكثر شيوعاً -تقتصر على مجرد تنظيم لروابط ثنائية بين عدد محدود من الدول، ولكنها اليوم تقتحم في عديد من تطبيقاتها مسائل تنتم بطبيعتها للشاملة، وبإحاطتها بمصالح عريضة تتوافق عليها الدول فسي مجموعها، وبتصديقها على معاهدة دولية تشرع لها أو انضمامها إليها.

كذلك فإن التنظيم الدولي لحقوق الفرد وحرياته، لا يتخذ دائماً شكل معاهدة دولية، وإنما يصدر في الأعم في شكل إعلان أو ميثاق تقره الجمعية العامة للأمم المتحدة. فلا يكون ملزماً كالمعاهدة الدولية، وإن كان البعض ينظرون إلى القبول العام للقواعد التي يتضمنها الإعلان أو الميثاق باعتباره انضماماً إليها في مجال العمل بها وإنفاذها، بما يرقى بها في النهاية إلى مرتبة القواعد العرفية التي تركز في مصدرها المباشر على القبول العام بها من خلال أطراد تطبيقها، والاصطياع للأثار القانونية التي ترتبها.

ولا تزال دائرة التنظيم الدولي لحقوق الفرد وحرياته، بعيدة في مداها، بالنظر إلى اتساعها وعنايتها بحقوق طال إهمالها أو العدول عليها. ويندرج تحتها القواعد التي تضمنها التنظيم الدولي في شأن سيطرة الدول الانامية على مواردها الطبيعية، ومكافحة أشكال التمييز على اختلافها، وعلى الأخص كلما كان مرجعها تمييزاً ضد المرأة؛ أو بناء على العنصر؛ أو في مجال التنظيم والاستخدام؛ أو على ضوء ما يتصل بالمعوقين من عوار خلقى أو غير خلقى ينال من قدراتهم البدنية أو العقلية، ويجعلهم عاجزين على أن يؤمنوا بأنفسهم ما يكون ضرورياً لحياتهم.

ويخطو التنظيم الدولي خطوة تعمية في مجال مقاومة الجرائم ضد الإنسانية بما في ذلك جرائم الإبادة الجماعية والرق والعبودية والسخرة، وحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير.

وينظر التنظيم الدولي كذلك إلى العدل باعتباره قيمة عليا لا يجوز التفريط فيها، ومن ثم كان حرصه على ضمان استقلال السلطة القضائية من كل إغواء أو تهديد أو تحريض مباشر أو غير مباشر، وعلى تقرير قواعد نموذجية تكفل في حدها الأدنى معاملة ملائمة للسجناء، مع حماية الأشخاص جميعهم من صور تعذيبهم أو معاملتهم بطريقة قاسية أو مهينة لحملهم على الإدلاء بأقوال لا يرغبون فيها، أو الشهادة على أنفسهم بما لا يطيقون..

ويكاد التنظيم الدولي أن يحيط بحقوق الفرد وحرياته بصورة شاملة تسعى في كل أشكالها، وبما يوفر تدابير فردية وجماعية لضمانها، وعلى الأخص في مجال الحرية النقابية ومباشرة العمالة والزواج والأسرة، وحقوق الطفل، وعلى صعيد استئصال الجوع وسوء التغذية، وتوكيد الحق في التنمية، وتعميق أدواتها، خاصة ما يتعلق منها بالتقدم العلمي والتكنولوجي لخير البشرية. وقد يبدو غريبا أن تكون حقوق الفرد وحرياته التي يتضمنها التنظيم الدولي، هي ذاتها -على الأقل في حدها الأدنى- للمنصوص عليها في الدساتير الوطنية.

ولكن هذه الغرابة ينبغي أن حقوق الناس وحرياتهم الجوهرية لا ترتبط بوجودهم في رفعة إقليمية بذاتها، ولا بأجناسهم، ولا بقدر ثرائهم أو حقيقة مجتمعاتهم. ذلك أنها تنصل بأدبيتهم، ومردها إلى خصائصهم التي ينفردون بها بوصفهم بشرا خلق حرا طليقا، ضاربا في الأرض دون قيود أو فواصل إقليمية.

على أن التنظيم الدولي، وإن أحاط بحقوق الفرد وحرياته، إلا أن دائرة هذا التنظيم لا تتطابق مكوناتها مع للدائرة الوطنية التي نقابلها، والتي تقع الدساتير الوطنية في نطاقها. فالتأثير المتبادل بين الدائرة الوطنية والدائرة الدولية حقيقة لا نزاع فيها، وإن صح القول بأن الحماية التي تكفلها الدساتير الوطنية لحقوق الفرد وحرياته، لا تزال أقل في أشكالها وفعاليتها من تلك التي قنتها المواثيق والعهود الدولية.

### المطلب الأول

#### المعاهدة الدولية جوهر لقواعد القانون الدولي العام

٢١٦- لا تزال المعاهدات الدولية هي الصورة النموذجية والملائمة لتنظيم الدول فيما بينها لقطاع من علاقاتها الدولية. وقد واجهتها المحكمة الدستورية العليا من زاوية ماهيتها وضوابط تفسيرها وقوتها، والرقابة على دستوريته، ووحدة أحكامها وجواز تجزئتها، وإمكان الاحتفظ على بعض نصوصها، والأثار القانونية للمترتبة على الاتصال من تنفيذها، وصلتها بحرية التعبير وبالأعمال السياسية، مما جعل لقواعد القانون الدولي العام قيمة جوهرية في مجال تطوير الرقابة على الشرعية الدستورية من خلال ربطها باتفاق هذا القانون في تطبيقاته وأغراضه.

فلا يكون هذا القانون إلا عنصرا حيا في قضاء المحكمة الدستورية العليا، وعلى الأخص من جهة تنوع مجالاته وتطور قواعده، وملاحقتها لكل جديد في العلوم والفنون التي ترتبط بنطاق سريانه وبالمسائل التي ينظمها. وكذلك صلة هذا القانون بحقوق الفرد وحرياته.

### الفرع الأول

#### المعاهدة الدولية: مفهومها

٢١٧- وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، ينظر إلى عبارة المعاهدة الدولية بوصفها مصطلحا عاما Generic Term منصرفا إلى كل أشكال الاتفاق فيما بين دولتين أو أكثر، إذا كان مكتوبا، سواء في وثيقة واحدة أو في وثائق متعددة. وهي تتناول فسي موضوعها تنظيما لمسائل بذواتها يقع الاتفاق عليها أيا كان نطاقها. ومن ثم يندرج تحتها ما يتصل بمفهومها من صور هذا الاتفاق على اختلافها، عهدا كان أم ميثاقا لم إعلانا أم بروتوكولا أو نظاما أو تبادلا لخطابين<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -ال قضيه رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٦/٢/٢ -قاعدة رقم ٢٩ ص

٥٠٩ - ٥١٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### للفرع الثاني

#### المعاهدة الدولية: قوتها الملزمة وضوابط تفسيرها

٢١٨- عملاً بنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون للمعاهدات التي تعتبر مصر طرفاً فيها، تلزم المعاهدة للدولية الدول أطرافها، كل في نطاق حدوده الإقليمية.

كذلك ينبغي أن تنصر أحكامها في إطار من حسن النية، وفقاً للمعنى المعتاد لعبارة، في سياقها، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة وأغراضها.

وكما توخت المعاهدة الدولية، إجراء تسوية شاملة في شأن الحقوق التي جندتها الدولتان المتعاقدتان حتى لا يثار النزاع من جديد حولها؛ كاتفاقهما على تسوية شاملة للأضرار الناجمة عن التأميم والحراسة والإصلاح الزراعي، فإن هذه التسوية تحيط بهذه الأضرار جميعها. ولا يجوز بالتالي تطبيق بعض جوانبها دون أجزائها الأخرى. إذ ليس ذلك غير تبعض لأحكامها يناقض تكاملها فيما بينها، ويعطل فاعلية للمعاهدة، وينقض أسسها.

بل إن القول بجواز تجزئة أحكامها في هذه الصورة، إنما ينحل إلى تعديل لها لا تملكه غير الدولتين المتعاقدين، ويتراضيهما معا<sup>(١)</sup>.

ومن المقرر كذلك وفقاً لقواعد القانون الدولي العام أن لكل دولة في علاقتها بالدول الأخرى، السبلطة الكاملة التي تؤثر بها -ومن خلال المعاهدة الدولية التي تكون هي طرفاً فيها- في نطاق الحقوق المقررة لمواطنيها، سواء كان ذلك في إطار حق الملكية أو في مجال الحقوق شخصية؛ وإن كانت الحقوق التي رتبته المعاهدة الدولية وكذلك التزاماتها، لا تسري إلا على الدول أطرافها في العلاقة فيما بينها، ولا يعتبر التنظيم الولد بها -وأي كان مضمونه- منصرفاً إلى مواطنيها<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -القضيه رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ قاعدة ١٣ - ص ١٥٠ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) "القضيه رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٣/٢/٦ - قاعدة رقم ١٣ - ص ١٧٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

### الفرع الثالث

#### المعاهدة الدولية: مرتبتها

٢١٩- تنص المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية بأن كل معاهدة دولية يتم إبرامها ونشرها والتصديق عليها وفق الأوضاع المقررة تكون لها قوة القانون.

بينما تصرح المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، بأن الاتفاقية أو المعاهدة الدولية المصادق عليها، أو التي يتم إقرارها وفق الأوضاع المقررة، تكون لها، منذ نشرها، قوة أعلى من القانون Une autorité supérieure à celle des lois مع التحفظ بشرط تطبيقها من قبل الدول الأخرى المستبرة لطرفا بها.

Sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie

كذلك تنص المادة ٥٤ من الدستور الفرنسي المذكور، على أنه إذا قرر المجلس الدستوري أن تعهدا دوليا يتضمن بندا أو شرطا مخالفا للدستور، فإن للترخيص بالتصديق على هذا التعهد أو بإقراره، لا يجوز أن يصدر قبل تعديل الدستور<sup>(١)</sup>.

L autorisation de le ratifier ou de l' approuver ne peut intervenir qu' apres la revision de la constitution.

### الفرع الرابع

#### المعاهدة الدولية: الرقابة على دستورتها

٢٢٠- وتباشر المحكمة الدستورية العليا رقابتها على كل معاهدة دولية تكون مصر طرفا فيها من جهتين:

أولهما: من حيث استيفائها للأوضاع الشكلية التي تتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها. فضلا عن ضرورة موافقة السلطة التشريعية على كل معاهدة تتعلق بالتجارة والملاحة، أو يكون

(١) يلاحظ أن المجلس الدستوري لا يتصدى من تلقاء نفسه للفصل في دستورية المعاهدات الدولية، بل يتعين أن يقدم إليه طعن بشأنها من الأشخاص الذين حددهم الدستور الفرنسي حصرا وهم رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس كل من مجلسي البرلمان -الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ- وستون نائبا أو مستنوا شغيا على الأقل.

موضوعها صلحا أو تحالفاً؛ أو متضمنا تعديل الحدود الإقليمية للدولة، وكذلك تلك التى تتعلق بحقوق الميادة التى تملكها؛ أو التى تحمل خزانة الدولة بنفقة غير واردة فى الميزانية<sup>(١)</sup>.

ثانيتهما: من حيث اتفاق مضمونها مع الدستور. ذلك أن قوة المعاهدة وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من دستور مصر، لا تزيد على قوة القانون، فلا تلوه. وهى تحوز هذه القوة بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. ولا يتصور بالتالى إعفاؤها من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية التى تتناول أصلا كل قانون بمعنى الكلمة؛ ولو صدر عن السلطة التشريعية التى تعبر عن إرادة مواطنيها فى مجموعهم بحكم صفتها التمثيلية. ومن ثم يكون القانون بمعناه الحرفى، والمعاهدة الدولية المشبهة به فى الحكم، سواء فى مجال الخضوع للشرعية الدستورية.

#### للفرع الخامس

##### المعاهدة الدولية: التحفظ عليها، والانسحاب منها

٢٢١ - الأصل فى كل معاهدة دولية، هو جواز التحفظ على حكم وارد بها، بقصد استبعاد تطبيقه، أو تعديل مضمونه فى مجال سريانه على الدولة التى صدر التحفظ عنها، ودون إخلال بتقيدها بباقي أحكامها غير المتحفظ عليها. ولا كذلك انسحابها من معاهدة دولية ترتبط بها ذلك أن هذا الإجراء لا يعتبر موقفا لسريانها فى موجهتها، ولا هو تعديل لأحد نصوصها، بل إنهاء لوجود المعاهدة ذاتها بحكم تخليها عنها. فلا يحتج عليها بعد ذلك بأحكامها، ما لم تكن التزاماتها المنصوص عليها فى المعاهدة، مقررّة كذلك بمقتضى قاعدة من قواعد للقانون الدولى العام التى لا تجوز مخالفتها Peremtory Norms of General International Law ، كذلك المتعلقة بعدم جواز اللجوء إلى القوة فى روابط الدول ببعضها؛ وحظر ارتكابها لجرائم الإبادة الجماعية، أو تعاملها فى الأشخاص من خلال استرقاقهم أو دفعهم إلى البغاء أو الفجور، أو غير ذلك من الجرائم الدولية. إذ نظل الدولة المنسحبة، مقيدة بمثل هذه القواعد -لا لأنها مقررّة فى المعاهدة الدولية التى كفلتها- وإنما لأن قواعد القانون الدولى العام التى لا تجوز مخالفتها ولا تعديلها باتفاق لاحق Jus Cogens هى التى تحل محل القواعد التى تقابلها فى المعاهدة الدولية بحكم اتساع مجال

(١) هذه المعاهدات مبيئة حصرا بالفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور.

تطبيقها ليشمل الدول جميعها التي تنقيد بها وتنزل عليها، ولو لم ينص عليها في أية معاهدة دولية دخلت فيها<sup>(١)</sup>.

### الفرع السادس

#### المعاهدة الدولية: صلتها بالأعمال السياسية

٢٢٢ - لا تعتبر المعاهدة من الأعمال السياسية بناء على مجرد تنظييمها للعلاقات الخارجية. وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا بقولها: بأن نظرية الأعمال السياسية وإن كانت تجد أكثر تطبيقاتها - لا في الميدان الداخلي - بل على صعيد روابط الدولة الخارجية، ومن منظور اتفاقاتها الدولية التي تصون بها سيادتها ومصالحها العليا؛ إلا أن كل معاهدة دولية لا تعتبر بالضرورة من الأعمال السياسية. ولا تندرج تحتها كذلك - رصيفة ثلقائية - كل اتفاقية يجب موافقة السلطة التشريعية عليها وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن الأعمال السياسية لا تعد كذلك في صحيح تكييفها، بالنظر إلى أوصافها التي يخلعها المشرع عليها. وإنما على ضوء خصائصها؛ وبمراعاة أن تأييدها على الرقابة القضائية، مرده أن تقييمها يرتبط بضوابط دقيقة وبموازين تقدير، وعوامل ترجيح تعود مكوناتها إلى حقل لا يتاح أو يتعدر عرضها على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

ولا شأن للأعمال السياسية بالتالي بالقواعد الإجرائية التي تحيط بالمعاهدة، والمتصلة بإبرامها أو التصديق عليها أو نشرها وفقاً للأوضاع المقررة<sup>(٣)</sup>.

(١) 'دستورية عليا' - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية 'دستورية' - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - مساعدة رقم ٢٩ - ص ٥١٠ من الجزء السابع من أحكام المحكمة.

(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور على وجوب موافقة السلطة التشريعية على معاهدات الصلح والتحالف والملاحة والتجارة، وكذلك جميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة، أو التي تنطوق بحقوق السيادة، أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية. أما غير هذه القائمة من المعاهدات، فإن الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من الدستور تقضى بأن يبلغها رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب مشفوعة بما يناسبها من البيان.

(٣) 'دستورية عليا' - القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية 'دستورية' - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٤٢٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

وتحديد الأعمال السياسية بالنظر إلى خصائصها وحقيقتها، هو ما دعا المحكمة الدستورية العليا إلى أن تدرج ضمن أعمال السيادة التي لا تشملها رقابتها، اتفاقية الدفاع المتبادل فيما بين الدول العربية أطرافها، بالنظر إلى إحدائها لقيادة عربية موحدة لقواتها الحربية، وتنظيمها لتحركاتها فيما بين هذه الدول، وإجازتها انتقالاتها بين أقاليمها، مع إعطائها في مسائل بنواتها حدثتها هذه الاتفاقية حصراً، من الولاية القضائية للدولة التي تتواجد فيها<sup>(١)</sup>.

### الفرع السابع

#### المعاهدة لدولية: تنفيذها

٢٢٢- وتعطي المحكمة الدستورية العليا أهمية خاصة لتنفيذ المعاهدة الدولية في النطاق الداخلي، إلى حد تخويلها رئيس الجمهورية حق إصدار قرار بقانون فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها عملاً بنص المادة ١٤٧ من الدستور، كلما كان تدخله على هذا النحو، لازماً لضمان إيفاء مصر بالتزاماتها الناشئة عن معاهداتها الدولية<sup>(٢)</sup> والتي يندرج تحتها مسؤوليتها عن اتخاذ التدابير التي ألزمتها بها الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الاتجار في الأشخاص واستغلال دعارة الغير الموقعة في ١٩٥٠/٣/٢١.

ذلك أن انضمامها إلى هذه الاتفاقية، جعلها طرفاً فيها، وألزمها بتقرير النصوص القانونية التي يقتضيها إنهاء الدعارة بكل صورها، وضمان تأهيل ضحاياها، وإصلاحهم اجتماعياً للقضاء على شر الاتجار في الأشخاص لمصلحة آخرين يرمون إلى إشباع شهواتهم، بما يعرض للخطر مصالح الفرد والأسرة والجماعة.

ولمواجهة هذه المخاطر والعمل على دفعها، أصدر رئيس الجمهورية قراراً بقانون عملاً بنص المادة ١٤٧ من الدستور، متوخياً بأحكامه، فرض العقوبة الملزمة على الصور المختلفة

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ - قاعدة رقم ٣ - ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة.

ويلاحظ أن المحكمة تشير في هذا الحكم إلى نظرية أعمال السيادة التي تنطبق أصلاً في المجال الإداري. ولكنها عدلت فيما بعد عن هذه التسمية، وأبطلتها بنظرية الأعمال السياسية التي ابتدعتها للقضاء الدستوري.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٧/١٩٩١ - قاعدة رقم ٩ - ص ٤٢ من المجلد الأول من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة.

للدعارة، سواء في ذلك ما يتعلق بالتحريض عليها أو للمساعدة فيها، أو استقلالها أو احترامها، أو بغير ذلك من أشكالها كتمويلها أو تأجير بناء أو مكان أو جزء من أيها لتسهيلها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثامن

#### المعاهدة الدولية: وحدتها وتجزئتها

٢٢٤- ينبغي النظر إلى المعاهدة الدولية باعتبار أن أحكامها تتكامل فيما بينها، وتتطلبها وحدة عضوية تجمعها، وأن التوافق على تنفيذ نصوصها في مجموعها، كان من العوامل الجوهرية التي أدخلتها الدول في اعتبارها عند إبرامها أو للتصديق عليها أو للانضمام لها، فلا تجوز تجزئتها بالتالي، بل تعامل المعاهدة في تمام أحكامها، بوصفها كلاً غير منقسم.

ولئن كان ما تقدم هو الأصل في كل معاهدة دولية، إلا أن قيدا هاما يرد على هذا الأصل. ذلك أن المعاهدة الدولية في أشكالها المتطورة لا تواجه مسائل متداخلة. فيما بينها، وإنما تتفرق المسائل التي تنظمها فيما بينها وتستقل موضوعاتها عن بعضها البعض، فلا ينظر إلى مسائلها المنفردة بوصفها صفة واحدة إما أن تقبل بكل أجزائها أو ترفض بكاملها، وإنما تنقسم هذه المسائل إلى عناصر شتى يكون موضوع كل منها مختلفا عن غيره، فلا تتداخل هذه العناصر أو تتحد فيما بينها، وإنما يكون لكل منها كيان خاص به بحيث يتصور إمكان فصله عن غيره.

فالاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، تتضمن مسائل منفردة يندرج تحتها تنظيمها للبحار الإقليمية، والمناطق المتاخمة، والمناطق الاقتصادية، ولحقوق الدول على جرفها القاري، ولأوضاع الدول المحصورة، و المتضررة جغرافيا.

وتتعدد الاتفاقية لكل من هذه المسائل، النصوص القانونية التي تخصها وتحكمها، باستقلالاً عن غيرها، بما يتيح فصل أجزائها عن بعضها البعض، لولا إصرار الدول أطرافها على النظر إلى هذه الاتفاقية في مجموع أحكامها بوصفها صفة متكاملة لا يجوز تجزئة عناصرها.

(١) "مسكوكية عليا" - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "مسكوكية" - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣١ -

ص ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

فإذا لم يكن ثمة اتفاق بين الدول المعتبرة أطرافاً في معاهدة دولية على معاملتها كصفة متكاملة، فإن يجوز تجزئة أحكامها يعود إلى إرادة هذه الدول. وهى إرادة لا يجوز انتزاعها، ولكنها تستتبع من مجموع العوامل التى أولتها تلك الدول اعتبارها عند إقرارها للمعاهدة.

بما مؤده أن القاعدة الأولية التى تحكم المعاهدة للدولية، هى وحدة نصوصها، وامتداد تجزئتها على ما تقتضى به المادة ٤٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات من أن سعى إحدى الدول سرياً على سند تدعيه- لنقض معاهدة دولية تكون طرفاً فيها أو للإسحاب منها أو لتعليق تنفيذها، لا يجوز إلا بالنسبة إلى المعاهدة فى مجموع أحكامها، ما لم يكن هذا السند منصرفاً إلى نصوص بذواتها تضمنتها المعاهدة، إذ يقتصر ذلك السند عندئذ على هذه النصوص كلما كان ممكناً -فى مجال تطبيقها- فصلها عن بقية أجزاء المعاهدة، وبمراعاة أمرين:

أولهما: ألا تكون إرادة الدول الملزمة بالمعاهدة، منصرفة إلى القبول بها فى مجموع أحكامها كشرط لتقيدها بها.

ثانيهما: إذا كان فصل بعض نصوص المعاهدة عن باقيها لا يناقض إرادة الدول أطرافها، تعين ألا يكون إجراء هذا الفصل مجافياً للعدالة<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### المعاهدة الدولية: وحرية التعبير

٢٢٥- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا كذلك أن المعاهدة الدولية التى يتم إبرامها والتصديق عليها واستيفاء التواعد الإجرائية المقررة لنفاذها، لها قوتها الملزمة لأطرافها، وأن على الدولة المتعاقدة احترام تعهداتها التى أنشأتها المعاهدة ما ظل سرياً قائماً، إلا أن ذلك لا يضىء على المعاهدة حصانة تحول بين المواطنين ومناقضتها ونقدها وإبداء رأيهم فيها سواء بقبولها أو برفضها. ذلك أن حرية التعبير هى حرية عامة كفلتها المادة ٤٧ من الدستور، ولكل مواطن أن يمارسها فى إطار ضوابطها. وهى بعد حرية تدعها المادة ٦٢ من الدستور التى تقضى بأن إسهام المواطن فى مباشرة حقوقه وحرياته العامة، يعتبر واجباً وطنياً. ولا يجوز

(١) دستورىة عليا - القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٣ - ص ١٨٨ و ١٨٩ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

بالتالى أن يكون استعمال المواطن لحرية عامة كفلها الدستور هى حريته فى التعبير عن رأيه،  
سببا لحرمانه من حق أو حرية عامة أخرى' قررها الدستور كالحق فى تكوين أحزاب سياسية أو  
الانضمام إليها، بل تتكامل حقوقه وحرياته هذه فيما بينها<sup>(١)</sup>.

فإذا علق المشرع تأسيس الأحزاب السياسية أو استمرارها على عدم قيام أحد مؤسسيها أو  
قيادتها بانتقاد معاهدة السلام بين مصر و إسرائيل، أو الحض على أعمال تتعارض معها، أو  
الترويج بطريق من طرق العلانية لاتجاه ينقضها؛ كان ذلك مؤداه إنكار حرية الناقدين لها فى  
التعبير عن آرائهم؛ وحرمانهم كذلك بصفة مطلقة ومؤبدة من حق تكوين أحزابهم السياسية، بما  
يؤول إلى مصادرة هذا الحق وإهداره، ويشكل بالتالى مخالفة للمادتين ٤٧ و٤٨ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثانى

#### حقوق غير المواطنين فى حدها الأدنى وصلتها بقواعد القانون الدولى العام

٢٢٦- من المقرر أن للدول -على صعيد علاقاتها الدولية- حقوقا أساسية تتمثل فى ضمان  
استقلالها؛ ومباشرتها لولايتها فوق إقليمها؛ ودفاعها الشرعى ضد العدوان عليها؛ وتكافؤها قانونا  
مع غيرها من الدول. بيد أن حقوقها هذه تقابلها وتوازنها واجباتها التى تمنعها من التدخل فى  
الشئون الداخلية لغيرها من الدول؛ وتحول بينها وإثارة الفلال ضدها؛ وتقيدها كذلك بصون حقوق  
الإنسان وتنفيذ التزاماتها الدولية بحسن نية، وبمراعاة أن تكون الوسائل السلمية وحدها، طريقا  
لفض نزاعاتها.

وتدل النظرة المتعمقة لحقوق الدول وواجباتها الأساسية، على قبولها فيما بينها بعبء قواعد  
القانون الدولى وسبلاتها، وأن صلاتها الودية وفقا لميثاق الأمم المتحدة تقتضيها أن تتعاون مع  
بعضها البعض لضمان تقدمها، وإبناء أسس سليمة لحسن الجوار تنتهى بها فرص تعاضدها وتدخل  
مصلحتها.

(١) 'دستورية عليا' -للضمية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية 'دستورية' -جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ -قاعدة رقم ١٦ -ص  
١٠٤، ١٠٥ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

(٢) 'الضمية رقم ١٣١ لسنة ٥ قضائية 'دستورية' -جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ -ص ١١٠ -١١٣ من الجزء الرابع من  
مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

على أن استقلال الدول عن بعضها، وتكافؤها في السيادة، وإن خول كلا منها، أن تنظم شروط دخول غير مواطنيها إليها، وأن تقرر كذلك قواعد ممارستهم لنشاطهم فيها على ضوء مصالحها القومية التي تملئها توجهاتها الاقتصادية وسواستها الخارجية، إلا أن سلطتها هذه لا يجوز القول بإبلاؤها؛ وإنما تعيدها القواعد الأمرة التي أوتيتها أسرة الدول ملوكاً لأعضائها بيلور أعرفها التي استقر العمل عليها فيما بينها.

بما مؤده أن القواعد التي تنظم بها الدول شئون غير مواطنيها للذين يعبرونها أو يستقرون فيها، وإن لم تكن هي ذاتها التي تشيهم بمواطنيها، إلا أنها تمثل بمستوياتها تلك الحدود الدنيا التي لا يجوز النزول بمعاملتهم عنها، والتي لا تستقيم حياتهم بدونها The international minimum standard، فلا تقم تصرفاتها قبلهم إلا على ضوئها.

وكما كان العمل الصادر عن الدولة متضمناً اغتيالاً للحقوق التي كفلتها هذه المعايير، أو تحديداً لأثارها، أو كان دالاً على سوء نيتها، أو إخلالها قصداً بواجباتها، أو منحراً -بوجه عام- بمعاملتهم إلى مآدون مستوياتها الدولية التي لا يجوز التخلي عنها، كان إبطال هذا العمل -من خلال الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا في شأن الشرعية الدستورية- لازماً. ٢

وما يقول به البعض من إهمال إحدى الدول للمعايير الدولية التي يجب أن تكفلها لغير المواطنين المقيمين بإقليمها، قد يتخذ ذريعة للتدخل في شئونها، مردود أولاً: بأن الحقوق التي تكفلها هذه المعايير لهؤلاء، تتصل بحقوقهم في الحياة، وضد التمييز غير المبرر، وبحرمة حياتهم الخاصة، وصون شرفهم ومسعتهم، وكذلك بحرية العقيدة، وبضمان حريتهم الشخصية من خلال تكامل مقرراتها.

وهي بعد حقوق تنظمها تلك القيم التي تنقسمها الجماعة الإنسانية، والتي لا يمكن إرجاعها إلى عصر معين، ولا إلى زمن محدد، ولا للقول بأنها نتاج ثقافة بذاتها، ولكنها تنظر إلى الإنسان -وطنياً كان أم أجنبياً- بوصفه بشراً سوياً.

ومردود ثانياً: بأن الضوابط التي تطبقها هذه المحكمة في مجال الشرعية الدستورية، لا شأن لها بإحجام إحدى الدول نفسها في الشئون الداخلية لغيرها؛ وإن لها ذلك مسئوليتها وفقاً لميثاق الأمم المتحدة.

ومرودود ثالثاً: بأن المعايير الدولية التي تطبقها الدول على غير مواطنيها، لا يقتصر سريانها على من يكون منهم فرداً، ولكنها تمتد كذلك إلى كل مجموع منهم تضمنهم وحدة قانونية لها ذاتيتها واستقلالها، وإعمال إحدى الدول لهذه المعايير، يناقض تدخل مصالحها، مع غيرها، ويخل بضرورة أن تكون لأعرافها -التي ارضعتها فيما بينها، والتي تحدد علاقتها بغير مواطنيها- قسمة.

ولئن جاز القول بأن أعرافها هذه قد يكتنفها -من بعض جوانبها- قدر من الغموض في مجال تطبيقها، إلا أن وجودها قانوناً حقيقة مستعصية على الجدل. ولا يعدو الإخلال بها أن يكون نكولاً من الدول التي نقضتها، عن التزاماتها وفقاً لقواعد القانون الدولي.

ومرودود رابعاً: بأن التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعلها جزءاً لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الدول المتحضرة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين الذين يقيمون في غير دولهم؛ وكان التمييز في مجال هذه الحقوق -ولو كان من يطلبها أجنبياً- ينقضها بما يخل بالحماية المقررة في مجال تطبيقها، فقد صار محظوراً تفسير المعايير الدولية بأنها تخول فرداً أو جماعة أو تنظيمًا، أن ينال من الحقوق التي تنصل بتطبيق هذه المعايير، سواء بمحوها أو بإيراد قيود في شأنها تجاوز تلك التي ترخصها الدول الديمقراطية وتتخذها قاعدة لسلوكها، وعلى الأخص على صعيد الحرية الشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار.

ومرودود خامساً: بأن المعايير الدولية المتقدم بيانها، لا يجوز إهدارها من خلال أعمال تتأهضها تأنيها الدول التي يقيم غير المواطنين بها، ولو بررتها بمجرد تطابقها مع تشريعاتها المعمول بها في شأن مواطنيها.

ذلك أن الحماية التي تكفلها تشريعاتها هذه، قد نقلت عن تلك التي أنتجتها واقعة اتصال الدول فيما بينها، وضرورة تحقيق نوع من التدخل بين مصالحها في إطار معايير دولية تمثل بمستوياتها ما يكون ضرورياً لصون حقوق غير المواطنين بها، فلا يكون الفصل بين الأشخاص المعنيين بهذه الحقوق، ودولهم، مقبولا.

واستصحاباً لهذه المعايير، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة -بمقتضى قرارها رقم ١٤٤/٤٠ المؤرخ ١٩٨٥/١٢/١٣- إعلاناً في شأن حقوق غير المواطنين في البلد الذي يعيشون

فيه، مقررة سريان أحكامه فى شأن كل فرد يوجد فى إحدى الدول ولا يكون من رعاياها؛ مع إلزامها بضرورة أن تنقيد فى كل تشريعاتها التى تنظم بها دخول غير مواطنيها إليها، وشروط إقامتهم فيها، وما يمكن أن يقوم بينهم وبين رعاياها من الفروق، بالحدود التى رسمتها التزاماتها الدولية، بما فى ذلك ما يتعلق منها بحقوق الإنسان؛ وبمراعاة أن تكفل تشريعاتها الوطنية، حقهم فى الحياة، وكذلك تأمين أشخاصهم ضد الاعتقال أو الاحتجاز غير المشروع، وصون حريتهم الشخصية التى لا يجوز الإخلال بها إلا وفقاً للقانون، وبما لا يخل بالتزاماتها الدولية التى تقارن ضمان هذه الحقوق.

ويؤكد هذا الإعلان كذلك، حق هؤلاء فى حرية التعبير، وتملك الأموال، والاجتماع ومغادرة البلد، وذلك كله وفقاً للقيود التى يجوز أن تفرضها الدول الديمقراطية فى مجتمعاتها لأغراض محددة، يندرج تحتها حماية أمنها القومى، ودعم نظمها العام، وصون أخلاقها، مع ضمان حقوق الآخرين، وبما لا يخل بغيرها من الحقوق المنصوص عليها فى هذا الإعلان، وكذلك تلك التى تسمى قررتها الموثيق التى تنظمها.

ويتفرع حق غير المواطنين فى إدارة أعمال بنواتها فى غير أوطانهم بما فى ذلك حقهم فى اختيار وكلائهم أو كفلائهم فى مجال تسييرها- عن جواز مباشرتها قانوناً، فكلما خولتهم القوانين الوطنية حق مباشرة هذه الأعمال، كان لهم أن يديروها بالطريقة التى تلتزمهم، بما فى ذلك اختيار من يصطوبونهم لثقتهم فى قدراتهم<sup>(١)</sup>.

٢٢٧- ويقع حق النقاضى وحق الملكية فى نطاق الحد الأدنى من الحقوق التى تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين.

ذلك أن لكل فرد -ولو كان أجنبياً- أن يتخذ ما يراه من التدابير لرد كل عدوان على حقوقه الثابتة التى تستمد وجودها من النظم القانونية المعمول بها فى الدولة التى يقم بها؛ والتى يلزمها بالضرورة -من أجل اقتضاها- طلب الحماية التى يكفلها الدستور أو المشرع لها.

(١) "كستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -مساعدة رقم ٥٠ -س ٧٧٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

فلا يكون الحق في الدعوى -رعى ما تنص عليه المادة ٨٦ من الدستور- إلا مكفولا للناس جميعهم -ربلا تمييز- كى توفر الدولة للخصومة القضائية فى نهاية مطافها، حلا منصفيا يقوم على حيطة المحكمة واستقلالها، ويكفل عدم استخدام التنظيم القضائى كأداة للتمييز ضد فئة بذلتها، تحاملا عليها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا على الأخص من خلال ضمانها حق غير المواطنين فى الدفاع عن ملكيتهم بعد تلقيها أو كسبها وفقا للنظم القائمة.

وهى تؤسس حكمها فى ذلك على أن للدولة -ربناء على ضرورة تفرضا أوضاعها الاقتصادية، أو تتطلبها إدارة علاقاتها الخارجية، أو توجبها روابطها القومية أو غير ذلك من مصالحها الحيوية- أن تفرض قيودا فى شأن الأموال التى، يجوز لغير مواطنيها تملكها.

ولها كذلك أن تخرج فئة منها من دائرة الأموال التى يجوز لهم التعامل فيها، فسيلا يكون لتصرفاتهم بشأنها من أثر.

وللدولة السلطة الكاملة التى تقيد بها حق غير مواطنيها فى تملك أموال بذواتها. ولها كذلك أن تمنعهم من تملكها وأن تعدل عن سياستها هذه، أو تغير فيها بما لا يناقض الدستور. ومن غير الجائز أن تجحد الدولة حق غير مواطنيها فى اللجوء إلى قضائتها للدفاع عن حقوقهم التى كفلتها القوانين الوطنية؛ أو التى تجد ضمانتها فى الدستور.

ذلك أن نكولها عن أن توفر لحقوقهم هذه وسائل القضاء، أو إرهابها الحماية المقررة لها بأعباء تنوء بها، هو فى واقعه وحقيقته القانونية، إنكار للحالة تقوم به مسئوليتها الدولية التى لا يرفعها عنها غير صون هذه الحقوق وردما إلى أصحابها حال الإخلال بها.

ذلك أن إنكار الحق فى الترضية القضائية، سواء بمنعها ابتداءً، أو بتقييد فريض -رعى القضاء، أو بتقييدها بمطابقة مراخية دون مسوغ، أو بإحاطتها بقواعد إجرائية معينة بصورة جوهرية، لا يعدو أن يكون إهدارا للحماية التى يفرضها الدستور أو القانون للحقوق التى بكفلتها؛

وهما للعدالة في جوهر خصائصها وادق توجهاتها، وبوجه خاص كلما كان طريق الطعن للقضائي لرد الأمور إلى نصابها، غير جائز أو غير منتج<sup>(١)</sup>.

---

(١) نسورية عليا - القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية تنزع - تنزع جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٩ - ص ٩٢٥ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩٨ لسنة ٤ قضائية "نسورية" - جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ - القاعدة رقم ١٩ - ص ٧٠٧ - ٢٠٨ من الجزء السادس.

### المبحث السابع

#### قواعد القانون الخاص وأثر الرقابة على الدستورية

##### في تشكيلها وبيان مضمونها

٢٢٨- ويبدو تأثير المحكمة الدستورية الطيا عريضا في كثير من المعائل التي ينظمها القانون الخاص، خاصة فيما يتعلق بصون الملكية الفردية، وضمن حرية التعاقد، والحق في العمل. ذلك أن الحق في التمية يرتبط بإثراء روافدها وتعميق أدواتها، سواء كان الاستثمار وطنيا أو عربيا أم أجنبيا. ولا يجوز بالتالي أن تفرض عليها الدولة قيودا جائرة؛ بما ينال من تنفصها أو يعطل حركتها دون مقتضى.

ولأن الملكية الخاصة تمثل في علاقتها بالتتمية أهم روافدها، فقد كان على المحكمة الدستورية العليا أن تؤكد الحماية التي كفلها الدستور لها، وأن تحول ساحتها- دون انتهاكها من خلال قيود تعطل جوهرها أو تنتقصها من أطرافها.

على أن الملكية -بإلزام من حيوية وظلتها- إلا أن الملاحق الاشتراكية لهذا الدستور التي أفرزتها مفاهيم الميثاق، والمؤتمر الوطني للقوى الشعبية، كان لها خلالها القاتسة على الحياة النيابية<sup>(١)</sup> والاقتصادية في مصر<sup>(٢)</sup>. ومن ثم لم ينص الدستور على حرية التعاقد التي تكافض -في تقديره- ضرورة الميطرة على رأس المال الخاص في مصادر تكوينه ونواتجه.

بيد أن حرية التعاقد التي أهلل الدستور النص عليها، هي ذاتها التي كفلتها المحكمة الدستورية العليا بما تقرر في أحكامها من أن تأمين الحرية الشخصية لا يقتصر على حمايتها في مواجهة صور العدوان على البدن. وإنما تقع في نطاقها كذلك إرادة الاختيار حتى لا يحمل أحد على القبول بما لا يرضاه.

(١) من بين هذه المفاهيم أن يكون للعمال والفلاحين في المجالس النيابية مقاعد لا تقل عن نصفها، وهو نص لا مقابل له في الدساتير المقرنة جميعها، ويدل على أن الذين صاغوه، والذين يدافعون عنه، أرادوا أن يحكموا قبضتهم على الحياة النيابية من خلال مفاهيم غوغالية ليس لها من صلة بإرادة الاختيار، التي ينبغي أن يملكها كل مواطن بلا قيد.

(٢) من بينها ما نص عليه الدستور من أن للسالم مكسب اشتراكية، دون أن يعنى بيان هذه المكاسب التي لا يتصور أحد أن يكون الدستور قد قصد إلى تسليط مزايها على العمال بغير جهد من جانبهم.

## المطلب الأول

### حق الملكية

#### الفرع الأول

##### مفهومها

٢٢٩- تنفرد الحقوق العينية جميعها عن الملكية الفردية كحق عيني أصلي. بل إن هذه الملكية تعتبر جماع غيرها من الحقوق العينية، وأوسعها نطاقاً، وأكثرها قوة.

ولئن صح القول بأن الملكية الفردية المعتبرة أصل الحقوق العينية جميعها، تخول صاحبها المصلحة المباشرة على الشيء محلها تصرفاً واستغلالاً واستعمالاً، لتعود إليه دون غيره ثمارها ومنتجاتها وملقاتها، يستخلصها منها دون وساطة أحد؛ وكانت الحقوق الشخصية هي التي ترتبط بمدين معين أو بمدينين معينين، وبوساطتهم يكون اقتضاء الدلائل لها؛ إلا أن التمييز بين الملكية الفردية، وبين الحقوق الشخصية على هذا النحو، لا ينال من كونها من الأموال. ذلك إن الحقوق العينية التي تقع على عقار بما في ذلك حق الملكية- تعتبر مالا عقارياً. أما الحقوق العينية التي تقع على منقول، وكذلك الحقوق الشخصية- أيها كان محلها- فإنها تعد مالا منقولاً.

ويتعين بالتالي أن تمتد الحماية التي تكفلها المادة ٣٤ من الدستور للملكية الخاصة في سعيها لتأمين الأموال جميعها من العدوان عليها، وبما يردع مختصبيها<sup>(١)</sup> إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء. ذلك أن التفریق بينها في مجال هذه الحماية، ينافي مقاصد الدستور.

#### الفرع الثاني

##### جنورها

٢٣- حرص الدستور على إعلاء الملكية الخاصة، وجعلها قرين التقدم، وربط حمايتها بصون الأمن الاجتماعي.

(١) "مستورية عليا"- القضية رقم ٢٣ قضائية "مستورية"- جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- قاعدة رقم ١٨ ص ١٨٤

- ١٨٥ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥- قاعدة رقم ٧ ص ١٢٤ من الجزء السابع.

ومن ثم كفلها لكل فرد -وطنياً أو أجنبياً- ولم يجز الإخلال بحرماتها إلا استثناءً، وفي الحدود التي تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، لضمان فعالية ممارستها.

ذلك أن الملكية تعود في الأعم من الأحوال إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال؛ وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها؛ وبالحماية التي أحاطها بالدستور بها، على أن يكفل للتنمية أهم أدواتها، وإرادة الاختيار مقوماتها، فلا يختص غيره بشمارها ومنتجاتها وملحقاتها، كي يستبد بها دون غيره، حتى لا يتنازع سلطته عليها خصيم ليس بيده سند ناقل لها، ليعتصم بها من الآخرين، وليلتصم من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها، وتقهرها تعرض الأغيار لها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### أهميتها

٢٣١- حق الملكية من الحقوق المالية التي يجوز التعامل فيها. وبقدر تعدد روافدها وتنوع استخداماتها، تتسع قاعدتها، لتشكل نهراً دافقاً بمصادر الثروة القومية التي لا يجوز إهدارها أو التفریط فيها، أو بعثرتها تبديداً لقيمتها.

### الفرع الرابع

#### القنود عليها

٢٣٢- لا يجوز تنظيم الملكية بما يخل بالتوازن بين الحقوق التي تنزع عنها، وضرورة تقييدها نأياً بها عن الانتهاز أو الإضرار بحقوق الآخرين.

ذلك أن الملكية لم تعد حقاً مطلقاً في إطار النظم الوضعية التي تزواج بين الفردية وتدخل الدولة. وليس للملكية كذلك من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها. ومن ثم سماح تحميلها بالقنود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٤/١٢/٣ - القاعدة رقم ٣٠ - ص ٣٩٠ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١١٦ من الجزء السابع.

وهي قيود لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تمثلها طبيعة الأموال محل الملكية، والأغراض التي ينبغي أن ترصد عليها على ضوء واقع اجتماعي معين في بيئة بذاتها، لها توجهاتها ومقوماتها.

وفي إطار هذه الدائرة، يفاضل المشرع بين عدد من البدائل ليرجع من بينها ما يراه أكفـل للمصالح الأولى بالرعاية، مستهديا في ذلك بوجه خاص بالقيم التي تتحاز إليها الجماعة في مرحلة من مراحل تطورها، وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة لذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة التي ارتبط بها.

ولئن كان كل تنظيم لحق الملكية ينبغي أن يكون واقعا في حدود منطقية لا تكون الملكية معها سرايا، ولضمان ممارستها بما يكفل تحقيقها لوظائفها؛ فقد تعين القول بأن تنظيم الملكية لا يجوز أن يكون منتهيا بمداه إلى حد أخذها من أصحابها -لأعن طريق نقل سندها ملكيتها إلى أغيار- بل من خلال تفويض قيمتها الاقتصادية بصورة جوهرية مع بقاء ملكيتها لأصحابها.

ذلك أن الملكية هي المزايا التي تنتجها، فإذا انقضض المشرع عليها، صار عنوانه مؤديا عملا إلى حرمان أصحابها منها، والاستيلاء على ملكهم بصورة فعلية.

ولا يجوز بالتالي اقتلاع ثمارها أو ملحقاتها أو منتجاتها أو لقتحامها أو امتصاصها، ولو ظل أصحابها يملكون السيطرة الفعلية على الأموال محلها.

وكلما تدخل المشرع لتنظيم الملكية فيما يجاوز وظيفتها الاجتماعية، كان ذلك انتفاها محظورا حولها، ولو تذرع المشرع بتوخيـه مواجهة بعض الأوضاع الاقتصادية بقصد إعادة ترتيبها.

ذلك أن صون الدستور للملكية الخاصة مشروط ألا تكون منطوية على الاستغلال وألا تتناقض طرق استخدامها الخير العام لجموع المواطنين.

ولا يجوز بعد استيفائها لهذه الشروط، مصادرتها أو تنظيمها. ذلك أن وجودها وزوال جوهرها، لا يتلاقيان (١).

ولم يعد جائزا بالتالي أن يجرّد المشرع الملكية من لوازمها، ولا أن يقوض عناصرها ولا أن يفصل عنها بعض الأجزاء التي تكونها، ولا أن يغير من طبيعتها، ولا أن يدمر أصلها، ولا أن يفقد من مباشرة الحقوق التي تنفرع عنها في غير ضرورة تملئها وظيقتها الاجتماعية.

ودون ذلك، تنقذ الملكية ضماناتها الجوهرية، ويكون العدوان عليها غسبا واقتناسا على كيانها أدخل إلى مصادرتها (٢).

#### الفرع الخامس

##### منعيتها للشرعية

٢٢٣- لا تعارض الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية التي لا تبدل فيها، تنظيم الملكية. ذلك أن الأصل في الأموال جميعها، هو أن الله تعالى بسطها وإليه مرجعها، مستغلا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسؤولين عما في أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستخدمونها إضرارا. يقول تعالى: <وأنفقوا مما جعلكم مستغنيين فيه>.

وليس ذلك إلا لأنها عن الولوغ بها في الباطل. وتكفيها لولي الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهي مقاصد ينفعها أن يكون اتفاق الأموال وإدارتها متخذًا طرائق تتناقض مصالح الجماعة، أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار. ومن ثم كان لولي الأمر بالتالي أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كان شأرا محضا يزيد من الضرر، ولا يفيد إلا في توسيع الدائرة التي يمتد إليها، وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - من ٥٨١ - ٥٨٣ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية دستورية - جلسة ١٨ مارس ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٧ من ٥٤٧ - ٥٤٨ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ - من ١١٦ من الجزء السابع.

فيذا تزلحم ضرران، كان تحمل أهونهما لازما ابتاء لأعظمهما، ويندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد ضرر عام.

وينبغي بالتالي أن يكون لحق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا تنتافر. ذلك أن الملكية خلافة. وهي باعتبارها كذلك تضبطها وظيفتها الاجتماعية التي تعكس بالقيود التي تفرضها على الملكية، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها. وهي حدود يجب التزامها لأن العدوان عليها يخرج الملكية عن دائرة الحماية التي كفها الدستور لها<sup>(١)</sup>.

#### الفرع السادس

##### مقووط الحق فيها

٢٣٤- لحق الملكية خاصة تميزه عن غيره من الحقوق العينية -الأصلية منها والتبعية- تتمثل في أن الملكية وحدها، هي التي تعتبر حقا دائما.

وتقتضى طبيعتها هذه، ألا يزول الحق فيها بعدم الاستعمال، أي كانت المدة التي يخرج فيها الشيء من حيازة مالكه. فلا تسقط الملكية، ولا الادعوى التي تحميها بالتقادم. بل يجوز لصاحبها أن يقيم دعواه باستحقاقها، ولو طال زمن خروجها من يده، ما لم يكن غيره قد كسبها وفقا للقانون<sup>(٢)</sup>.

#### الفرع السابع

##### فرض الحراسة عليها

٢٣٥- لا يعتبر الأشخاص الطبيعيون الخاضعة أموالهم للحراسة، في مركز مغاير لغير المشمولين بها في مجال طلبهم استردادها من الدولة.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١ ص ٣٦ و ٣٧.

(٢) الحكم السابق ص- ١٣٤؛ والحكم الصادر في القضية رقم ١٣٠ لسنة ٥ قضائية دستورية -جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٤ ص- ١٩٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

ذلك أن هؤلاء وهؤلاء ولا يميزون عن بعضهم البعض إلا في واقعة بعينها هي خضوع الأولين لتدابير الحراسة الاستثنائية التي فرضتها الجهة الإدارية في شأنهم نكالا، بقصد إخراج بعض أموالهم من أيديهم ختالا. وهو ما يعد قرين اغتصابها.

ذلك أن من غير المتصور -و قد جرد الدستور واقعة الحراسة من كل أثر، فاجتثها من مذابقتها حتى لا تصير شيئا- أن تولد هذه الواقعة قانونا، حقا لأحد، ولا أن يتعلق بها التزام بعد أن خدما الدستور، وأعدم آثارها، وجعلها هشيما.

ولا يموغ بالتالي أن تولد واقعة طمسها الدستور، إلى الانقاص من حقوق هؤلاء الذين ناعوا بعبثها.

ذلك أن كل واقعة لا استواء لها، ليس لها من عدد ترفعها، ولا من كيان يقيمها، ولا قرار لها، بل تنهد من أساسها لتفقد وجودها من مبدئها، إذ هي ساقطة في ذاتها، فلا وضع لها، ولا اعتداد بها؛ وحسبها أنها غير شيء.

إذ كان ما تقدم، وكان لا يجوز أن تختص فئة ممن يملكون بحقوق يستقلون بها، ولو كان من حرما منها يساوونهم فيها، وكان الأصل في الملكية أنها تعتبر حقا دائما، فلا تزول بالتزلف في استعمالها أمدا، ولو كان بعيدا، بل يظل صاحبها متمتعا بالحق في حمايتها وأن ترد إليه عند اغتصابها، إلا إذا آل الحق فيها إلى غيره طبقا للقانون؛ وكان من المقرر كذلك أن الحماية التي أضفاها الدستور على الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان، لا تنحصر في الملكية الفردية كحق عيني أصلي تنفر عنه الحقوق العينية جميعها؛ ويعتبر أوسعها وجامعها؛ وإنما تمت هذه الحماية إلى الأموال كلها -ودون تمييز بينها- باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية، سواء كان هذا الحق شخصا أم عينا، أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية؛ وكان الناس جميعهم لا يميزون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي؛ ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عنها؛ ولا في فعالية ضمانة الدفاع التي يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التي يدعونها؛ ولا في اقتضاها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها؛ فقد تعين أن يكون للحقوق عينا، قواعد موحدة سواء في مجال الداعي بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استدائها، أو الطعن في الأحكام التي تتعلق بها.

ولا يجوز بالتالى أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمييزا غير مبرر فى شأن إعمال هذه القواعد، بما يعطلها لفريق من بينهم أو يقيدھا، ويوجه خاص على صعيد الفصل بطريقة منصفة فى حقوقهم المدنية و للزاماتهم؛ وكان ثابتا كذلك، أن طرق الطعن فى الأحكام لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية يشنھا المشرع لبوفر من خلال سبل تقويم اعوجاجھا، وإنما هى فى واقعھا أوثق اتصالا بالحقوق التى تتناولھا، سواء فى مجال إثباتھا أو نفيھا أو توصيفھا، ليكون مصيرھا علندا أصلا إلى انفتاح هذه الطرق أو انغلاقھا، فإن للتمييز بين المواطنين المتحدة مراكزهم القانونية Idemically Situated فى مجال النفاذ إلى فرصھا، يكون محظورا.

ذلك أن التمييز بين المراكز القانونية، لا يفترض وحدة معطياتھا، وإنما تخالفھا سولو فسى بعض العناصر التى تكونھا، وبافتراض مشروعيتها جميعھا- لنتتأخر أجزاؤها.

ولا يتصور بالتالى أن تكون واقعة فرض الحرمان فى ذاتھا على أموال الأشخاص الطبيعيين، مدخلا إلى التمييز بين مركزين قانونيين. ذلك لأن اعتدالھا لا يضيفھا إلى أيھا<sup>(١)</sup>.

على أن إرادة الاختيار، وإن كانت تمثل نطاقا للحرية الفردية برعى مقوماتھا، ويكفل جوهر خصائصھا، إلا أن الدائرة التى تعمل فيها هذه الإرادة، يذيق قصرھا على ما يرتبط بالشخصية الإنسانية، ويكون لصيقا بذاتيتها.

### المطلب الثانى

#### حرية التعاقد

٢٣٦- اطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن حرية التعاقد فرع من الحرية الشخصية التى لا تقتصر الحماية التى يكفلھا الدستور لها على تأمينھا ضد صور العدوان على البدن، ولكنها تنسج لتشمل إرادة الاختيار وسلطة التقرير التى يملكھا كل شخص، فلا يكون بها كائنا يحمل على ما لا يرضاه، بل بشرا سويا متكامل الشخصية.

(١) "مستورية عليا" -للضعية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "مستورية"- جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ ص ١٢٩ من الجزء السابع.

بيد أن حرية التعاقد هذه التي تعتبر في القضاء المقارن حقاً طبيعياً لازماً لكل إنسان تطويراً لإرادة الخلق والإبداع، وانحيازاً لطرائق في الحياة يختارها؛ يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفق أسس موضوعية لا تكون بها هذه الحرية إلا حقاً موصوفاً A qualified right.

ذلك أن الحرية للشخصية لا يكفلها اتساعها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يندبها من أهدافها قدر من التوازن بين مجموعها وتنظيمها؛ بين تمرداها على كوابحها وللحدود المنطقية لممارستها؛ بين مروقها مما يحذر من انتداعها، وردها إلى ضوابط لا يملأها التحكم.

وفي إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يرضها المشرع عليها، تقديراً بأن الحرية الشخصية ليس لها من نفسها ما يصممها مما يكون ضرورياً لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتضى<sup>(١)</sup>.

ومن ثم لا تعنى حرية التعاقد، أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها.

ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام. وقد يورد المشرع في شأن بعض العقود -حتى ما يكون واقعاً منها في نطاق القانون الخاص- قيوداً يرعى على ضوئها حدوداً للنظام العام لا يجوز اقتحامها.

وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية بنص عليها. وقد يعيد إلى بعض العقود، توازناً اقتصادياً اختل فيما بين أطرافها.

(١) "دستورية عليا" -القتضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٥ - ٧٧٦ من الجزء الثامن. وتقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" المحكوم فيها بجملة ١٨ مايو ١٩٩٦ -نشر هذا الحكم في ص ٦٥٦ وما بعدها من الجزء السابع- أن إرادة الاختيار، وإن كانت تمثل نطاقاً للحرية الفردية يرعى جوهر خصيصتها وبكفيل مقوماتها، إلا أن الدائرة التي تعمل فيها هذه الإرادة، ينبغي قصرها على ما يرتبط بالشخصية الإنسانية، ويكون أصيلاً بذاتيتها كالحق في اختيار الزوج وأن يتخذ الشخص ولداً.

وهو يتدخل إيجابيا في عقود بنواتها محورا من التزاماتها انتصافا لمن دخلوا فيها من الضعفاء، مثلما هو الأمر في عقود الإعلان والعمل.

ولا زال المشرع يقلص من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيميا جماعيا ثابتا Contracts Collectifs التي تنطبق بالتنظيم النقابي<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن حرية التعاقد -فضلا عن كونها فرع من الحرية الشخصية بتكامل معها ويدعم خصائصها- إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية؛ وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيا كان المدين بأدائها.

ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم آدابها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كذلك التي تدعو للجريمة وتنظمها؛ أو التي تعرقل دون حق تدفق التجارة في سوق مفتوحة؛ وكان من المقرر أن السلطة التشريعية أن تعيد تنظيم بعض العقود لتحيط بعض جوانبها بقواعد أمره لا يجوز الخروج عليها لمصلحة قدرتها، إلا أن هذه السلطة لا يسعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر.

ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملا في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليحمّلها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلوها، إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها- والتي تولد انفعالها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق الصالح العام- لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها، ومحو كاملا للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيرا عنها، ممثلا في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها<sup>(٢)</sup>.

(١) "مستورية عليا" -ال قضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية"- جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٨ -ص ١٥١ من الجزء السابع.

(٢) "مستورية عليا" -ال قضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية"- جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٦ من الجزء الثامن.

وتقرر المحكمة الدستورية العليا كذلك، أن العقود التي يبرمها أطرافها وفق نصوص الدستور ذاتها، لا يجوز أن ينهيا المشرع، أي كانت توافقه إلى ذلك. ذلك أن المصلحة التي يحميها الدستور - من خلال أحكامه - هي الأولى بالاعتبار، وينبغي تغليبها على ما سواها.

فضلا عن أن الحماية التي يكتفلها الدستور للملكية الخاصة، لا تقتصر على ما هو قائم فعلا من مصادرها التي استقام بها الحق في الملكية صحيحا وفق أحكام الدستور، ولكنها تمتد بداهة إلى ما هو مشروع من صور كسبها التي تعد سببا لتلقيها أو لانقضاءها من يد أصحابها إلى آخرين، فلا يكون تقييد دائرتها جائزا.

فالأموال التي تملكها، وكذلك ما يؤول إلى أغير من عناصرها، هي التي قصد الدستور إلى صونها، ولم يجز للمساس بها إلا استثناء، وبمراعاة الوسائل القانونية السلمية التي تقارن حق إنشائها وتغيير سندها. وينبغي بالتالي النظر إلى الحماية التي تشملها بما يقيما وفق مفاهيم الحرية التي يمارسها الأفراد تعبيراً عن ذواتهم، وتوكيدا لحدود مسؤولياتهم عن صور نشاطهم على اختلافها. فلا يكون صون الملكية إلا ضمنا ذاتيا لأصحابها، يرد عن ملكيتهم كل عدوان ينال من عناصرها<sup>(١)</sup>.

كذلك، فإن الأصل في العقود - باعتبارها شريعة المتعاقدين - تقوم بنصوصها مقام القانون في الدائرة التي يجيزها - هو ضرورة تنفيذها بحسن نية في كل ما تشتمل عليه، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقا للقانون.

وكما نشأ العقد صحيحا ملازما، كان تنفيذه واجبا، فقد التزم المدين بالعقد، فإذا لم يقم بتنفيذه، كان ذلك خطأ عقديا، سواء نشأ هذا الخطأ عن عمد أو إهمال، أو عن مجرد فعل لا يقترب بأيهما.

ومن ثم تظهر المسؤولية العقدية باعتبارها جزءا لإخفاق المدين في تنفيذ عقد نشأ صحيحا ملازما، وهي تتحقق بتوافر أركانها. وليس ثمة ما يحول بين المشرع وأن يقيم إلى جانبها مسؤولية جنائية، فلا يكون اجتماعها منافيا للدستور.

(١) 'دستورية عليا' - القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية 'دستورية' - جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٤٣، ٩٤٧. من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

وكما فرض المشرع جزاء جنائيا على واقعة إخلال المدين بالتزام لم ينشأ مباشرة عن نص القانون، بل كان العقد مصدرة المباشر، فإن إيقاع هذا الجزاء لا يكون مخالفا للدستور، بشرطين:

أولهما: أن يكون هذا الإخلال قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها.

ثانيهما: أن يكون المشرع قد حدد بصورة واضحة وكاملة عناصر الجريمة التي واجهها، بما ينفي التجهيل بها<sup>(١)</sup>.

ومن المقرر كذلك أن الترخيص لغير المواطنين في امتياز أعمال بذواتها، يفيد بالضرورة حق من يباثرونها في اختيار وكلاء عنهم ينوبون عنهم في إدارتها.

ذلك أن التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعل منها جزءا لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحدة في مجال مباشرتها؛ والتي لا يجوز تفسيرها بأنها تخول أحدا أو جماعة أو تنظيمًا سياسيًا، أن ينال من الحقوق التي نقرنها ولو كان من يطلبها أجنبيًا.<sup>(٢)</sup>

فصلا عن أن الحرية الشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار -على ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقام في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين. ويُقرع الحق في إدارة أعمال بذواتها، عن جواز مباشرتها قانونًا. ويفترض أن تخلص لأصحابها تنظيم شؤونها، بما في ذلك اختيار وكلائهم أو كفالتهم في مجال تسييرها، فلا ينهض بمسئوليتها غير من يصطفونهم لتقتهم في قدراتهم<sup>(٣)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -القطعية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٧/٩/١٥ -قاعدة رقم ٥٧ ص ٨٥٥ - ٨٥٦ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" -القطعية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -قاعدة رقم ٥٠ ص ٧٨٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

### المطلب الثالث

#### حق العمل

#### الفرع الأول

#### خصائص هذا الحق

٢٣٧- ليس حق العمل من الرخص التي تقبضها الدولة أو تبسطها وفق إرادتها، ليتحدد على ضوئها من يتمتعون بها أو يمنعون عنها. وإنما قرره الدستور باعتباره شرفاً لمن يلتزم الطريق إليه من المواطنين، ولجبا عليهم أدلوه، وحقاً لا ينهدم، فلا يجوز إهداره أو تقييده بما يعطل جوهره، بل يستبر أدلوه ولجبا لا يفصل عن الحق فيه؛ ومدخلاً إلى حياة لائقة قوامها الاطمئنان إلى غد الفضل.

ومن ثم كان هذا الحق وثيق الصلة بالحق في الحياة؛ كافلاً تكامل الشخصية الإنسانية واستتارة قيم الخلق والإبداع؛ نافياً بأوضاع العمل عن رتبتها وآلياتها وجمودها؛ لا يفصل عن جدارة من يتولاه، وإلا كان نهبا لكل طارق<sup>(١)</sup>؛ نابذا الإخلال بالشروط المنطقية التي يقتضيها، بما في ذلك أشكال التحامل التي تضر بقيمة العمل، وتحمل السال على التخطي عن واجباتهم؛ أو على الأقل تثنيهم عن متابعتها.

ولا يجوز كذلك فصل الحقوق التي كفلها الدستور أو المشرع للعاملين، عن مسئولية اقتضاها، ولا مقابلتها بغير واجباتها، ومدخلها بالضرورة ألا تتساقط المزايا التي ترتبط بالعمل، على من يطلبونها بغير جهد منهم يقارنها ويمادها، وإلا كان عيوها فاحشا، وإضرارها بالثروة القومية عميقا.

وكما كان العمل مبرءا من الاستغلال، وغير مقترن بمزايا لا يرتبط عقلا بها، صار طريقا لتحرير الوطن والمواطن<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٣/١٥ - قاعدة رقم ٣١ - ص ٥٠٠ - ٥٠٣ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٣٦٤ - ٣٦٥ من الجزء الثامن.

وعلى الأخص إذا كان ذهنيا قائما على حرية الخلق والإبداع، ومنتهيا إلى تطوير أشكال من الحياة بما يثيرها، ويكفل تحقيق الأغراض التي تنص عليها المادة ٤٩ من الدستور التي صاغها لضمان حرية الإبداع فنيا وأدبيا وثقافيا -بما في ذلك حرية إجراء البحوث العلمية التي تنفرع عنها فضلا عن استبصار وسائل تشجيعها- مؤكدة بذلك أن لكل فرد مجالا حيويا لتطوير ملكاته وقدراته، فلا يجوز تحجيتها أو فرض قيود جائرة تحد منها.

ذلك أن حرية الإبداع تمثل جوهر النض وأعمق معطياتها. وصقل عناصر الخلق فيها وإكازها، كمثل لحيويتها فلا تكون بليدة أو هامدة. بل إن التقدم في عديد من مظاهره يرتبط بها<sup>(١)</sup>. وليس إهدار عناصر القوة البشرية أو تحييدها أو تحجيتها، غير تبديد لطاقتها، وإعراض عن استثمار ملكاتها، بما يثير اضطرابا داخل مجتمعا، ويخل بما ينبغي أن يتوافر فيه من ضوابط للتوازن بين من يملكون فرص العمل، ومن يسعى للنفاذ إليها حقا وعدلا.

ولا يجوز على الأخص -وعلى ضوء ما تقدم- أن يظل المعوقون مواخضين بعاهاتهم وعوارضهم لا يملكون دفعها أو تقويمها.

ذلك أن تنظيم أوضاع المعاقين -وطنيا كان أم دوليا- توخى دوما ضمان فرص يتخطون بها عوائقهم، ويتغلبون من خلالها على مصاعبهم، ليكون إسهامهم في الحياة العامة ممكنا ومنتجا. يؤكد ذلك أن نواحي القصور التي تعرض لهم، مردها إلى عاهاتهم، ومن شأنها أن تقيد من حركتهم، وأن تنال بقدر أو بأخر من ملكاتهم، فلا يكونون "واقعا" متكافئين مع الأسوياء حتى بعد تأهيلهم مهنيًا، لتبدو مشكلاتهم غائرة الأبعاد، لا تلائمها الطول المبتصرة. بل تكون مجابهتها، نفاذاً إلى أعماقها، حق المعوقين حتى يكونوا أكثر فائدة، وأصلب عودا، وأوثق اتصالا بأمتهم.

وكان لازما وقد تذخر على المعوقين "عملا" أن تتكافأ فرص استخدامهم مع غيرهم، أن يكون هذا التكافؤ مكفولا "قانونا" على ضوء احتياجاتهم الفعلية، وبوجه خاص في مجال مزاولتهم لأعمال بعينها، أو الاستقرار فيها، على أن توازن متطلباتها بعوارضهم التي تنال من قدراتهم عضويا أو عقليا أو حسيًا، لتتضاءل فرص اعتمادهم على أنفسهم.

(١) القضية رقم ٢٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ٣ مايو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٨/٣٧ -ص ٥٧٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومن ثم حرص المشرع على تأهيل المعوقين بتدريبهم على المهن والأعمال المختلفة ليقربهم من بيئتهم، وليمكنهم من النفاذ إلى حقهم في العمل، لا يعتمدون في ذلك على نوازع الخير عند الآخرين، ولا على تسامحهم، بل من خلال حمل هؤلاء على أن تكون الفرص التي يقدمونها للمعوقين مناسبة لاحتياجاتهم، مستجيبة لواقعهم، وأن يكون هدفها مواجهة آثار عجزهم، ومباشرة مسؤولياتهم كأعضاء في مجتمعاتهم، تمنحهم عوناً، وتقللهم من عزائهم.

وليس ذلك تمييزاً جائراً يفاضل بين المعوقين وغيرهم ليجطهم أشد بأساً، أو أفضل موقعاً من سواهم. وإنما خولهم المشرع تلك الحقوق التي يقوم الدليل عليها على عمق اتصالها بمتطلباتهم الخاصة، وارتباطها بأوضاعهم الاستثنائية، لتعيد إليهم توازننا لخلل من خلال عوارضهم.

وتلك هي العدالة الاجتماعية التي حرص الدستور على صونها لكل مواطن تؤكد لجدولته بالحياة اللائقة.

بدعم ما تقدم، أن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطوياً على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزاي التي يمنحها لفئة دون غيرها  
Legislators may select different persons or groups for different treatment, since classification is inherent in legislation.

ويتعين دوماً لضمان اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوفر علاقة منطقية rational relationship بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها.

فلا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع، عن أهدافها، بل يجب أن تعد مدخلا إليها Appropriate means to the attainment of justifiable ends.

بما مؤداه أن حق المعوقين في فرص العمل التي أتاحها المشرع لهم، لا يجوز فصلها عن أوضاعهم، ولا عن الأغراض التي حرص المشرع على تحقيقها من خلال ضمان هذه الفرص<sup>(١)</sup>.

(١) "تسوية عليا" - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "تسوية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

ذلك أن تدابير اقتصادية واجتماعية وتشريعية يتعين ضمانها في شأن المعوقين، تأخذ واقعهم في اعتبارها، ولا تحيى مشكلاتهم عن دائرة اهتمامها، بل توليها ما تستحق من الرعاية، لتقدم لهم عونا يأنسهم وأوضاعهم، نزولا على حكم الضرورة، ويقدرها، فلا يغمطون حقا.

وليس للدولة أن تحجبهم عن فرص العمل، ولا أن تمنحهم معاشا يكون بديلا عنها. ذلك أن طبيعة عوائقهم -وليا كان مصدرها أو درجة خطورتها- لا تتناقض حقهم في حياة ملائمة بنخضون بها صعبهم، وتكون كرامتهم قاعدتها؛ واعتمادهم على أنفسهم مدخلها؛ فلا تكون احتياجاتهم الخاصة أوزارا يثوون بها.

### الفرع الثاني

#### الشروط الموضوعية للحق في العمل

٢٣٨- من المقرر أن الشروط التي يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، فلا يتصور وجوده بدونها، ولا أن يكتمل كيانه بفوائدها. ومن ثم لا تتعزل هذه الشروط عن الحق الذي نشأ مرتبطا بها، مكتملا وجودا بتحقيقها<sup>(١)</sup>.

وإذا كان لكل حق شروط يقتضيها وآثار يرتبها، من بينها في مجال حق العمل، ضمان الأوضاع التي يكون أداء العمل في إطارها إنسانيا ومنصفا ومواتيا، فقد تعين ألا تتزعزع هذه الشروط قسرا من محيطها؛ ولا أن يكون مضمونها انحرافا بها عن مقاصدها ليكون مبناهما التامل؛ أو لتناقض بفحواها ما ينبغي أن يرتبط حقا بالأوضاع الطبيعية لأداء العمل<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا الإطار يجب أن يكون أجر العمل وحوافزه، جزاء منصفا لجهد العامل، وأن يكون زمن العمل كذلك موفوقا بالشروط الموضوعية التي ينبغي أن يمارس العمل في نطاقها، ولو لم

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص. ١٥٢ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ - ص. ١٢٩٠ - ١٢٩١ من الجزء الثامن.

انظر كذلك "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ - قاعدة رقم ٢٧ - ص. ٣٠٩ من الجزء السادس.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٦/٥/١٨ - قاعدة رقم ٤٠ - ص. من الجزء السابع.

يتخذ التمييز في نطاق هذه الشروط شكل آثار اقتصادية، بل كان أثره منحصرًا في الإضرار بمشاعر العاملين وصحتهم النفسية. ذلك أن التحامل في شروط العمل وظروفه، يعنى عدوانية البيئة التي يمارس فيها أو الحرمانها.

بما مؤداه أن الشروط الموضوعية وحدها، هي التي يعتد بها في مجال تقدير العمل وتحديد أجره؛ والأحق بالحصول عليه؛ والحقوق التي يتصل بها؛ وأشكال حمايتها، ويندرج تحتها ألا تقع المفاضلة بين العاملين إلا على ضوء تميزهم في أداء العمل؛ وألا تتلفض مباشرته العقيدة التي يؤمن العامل بها؛ وألا يحاط بأوضاع يكون بها أكثر إرهابًا وأقل أجراً. فلا يكون منتجاً، ولا كافيلاً لضمانة الحق في الحياة واحداً من أهم روافدها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الأثار القانونية المترتبة على الحق في العمل

٢٣٩- كذلك فإن ما نص عليه الدستور من اعتبار العمل حقاً، يفيد بالضرورة ألا يتقرر هذا الحق إيثراً، وألا يمنح تفضلاً؛ وألا يكون تنظيم ذلك الحق مناقضاً لمبادئه، ولا نوع أو أجر العمل طارداً للراغبين في الحصول عليه؛ وأن يكون فوق هذا اختياراً حراً، متوخياً دوماً- ومن خلال الشروط الموضوعية- تطوير أنماط الحياة وتشكيلها في اتجاه التقدم، على أن تدعمه برامج رائدة تزيد من خبرة العامل وتنميتها، وتحث على تعاون العمال فيما بينهم، وتكفل خلق مناخ ملائم يكون العمل في إطاره إسهاماً وطنياً، وواجباً<sup>(٢)</sup>.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٥٥٩ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٠ - ص ٦٤٣ من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق الصادر في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - ص ٥٥٩ من الجزء السابع.

### الفرع الرابع

#### الحمل على العمل

٢٤٠- الأصل في العمل أن يكون إرادياً قائماً على الاختيار الحر، فلا يحمل عليه المواطن حملاً، إلا أن يكون ذلك تنبيهاً استثنائياً مقرراً بقانون، متوخياً مواجهة أوضاع لها من خطورتها -كحريق أو فيضان أو زلزال أو أمراض وبائية أو مجاعة مستعجلة- ما يقتضى التعاون على دفعها، ومن حدة طروئها ما يحتم أن يكون العمل تكليفاً، وموقتاً. فإذا كان مؤبداً، تعذر أن يكون مبرراً بالضرورة أياً كان مداها، ولو كان بمقابل عادل، وغداً لو أن من المسخرة التي دمغها الدستور بمجافاتها للحق في العمل باعتباره شرفاً. ذلك أن المسخرة، نقض اختيار العمل أو التطوع لادائه. ومن ثم شرط نص المادة ١٣ من الدستور لأداء العمل جبراً، أن يكون مقيداً بزمن محدود، وبمقابل عادل، وفي حدود القانون، ولازماً لإشباع غرض عام. فلا يساق المواطن إلى عمل لا يرضاه. ذلك أن علائق العمل، تقتضى شراء جهة الاستخدام لقوة العمل بعد عرضها عليها. وهو ما يفيد توافق إرادتين على أداء العمل<sup>(١)</sup>.

### الفرع الخامس

#### الحق في الأجر العادل

٢٤١- لا تفصل عدالة الأجر عن الأعمال التي يؤديها العامل، سواء في نوعها أو كمها، فلا عمل بلا أجر. ويقتضى إعلاء قدر العمل والارتقاء بقيمته، حمل الدولة على تقدير من يمتازون فيه، أن يكون التمايز في أداء العاملين لديها، منخلاً إلى المفاضلة بينهم. وهو ما يعنى بالضرورة أن الشروط الموضوعية هي التي يعتد بها في تقدير العمل وتحديد أجره، والأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها، والحقوق التي يتصل بها، وأشكال حمايتها واقتضاءها.

ولا يكون الأجر مقبلاً للعمل إلا بشرطين:

أولهما: أن يكون متناسباً مع الأعمال التي أداها العامل محددة على ضوء أهميتها وصعوبتها، وتعقدتها، وزمن إنجازها.

(١) القضية رقم ١٠٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٧/٩/١ - قاعدة رقم ٥٣ - ص ٨٢٧ - ٨٢٨ من الجزء الثامن.

ثانيهما: أن يكون مناط التقدير موحدًا، فلا تتعدد معايير تقديره التواء أو انحرافًا حتى لا يمتاز بعض العمال على بعض، إلا وفق أسس موضوعية تقتضيها كافة العوامل ذات الصلة بالعمل.

بما مؤده أن قاعدة التمثيل في الأجر للأعمال ذاتها، تفرضها وتقتضيها موضوعية الشروط التي يتحدد الأجر في نطاقها<sup>(١)</sup>.

وتبين المحكمة الدستورية العليا، كافة العناصر الموضوعية التي يعتد بها في تقدير أتعاب المحامي وذلك بقولها:

>>الأصل المقرر قانونًا، أن تتكافأ الأتعاب التي يحصل عليها المحامي بتنفيذ لعقد الوكالة، مع قيمة الأعمال التي أداها في نطاقها، ويقتدر أهميتها.

ويتعين بوجه عام أن يقدر أجر كل محام بمراعاة كافة العوامل التي تعين على تحديده تحديدًا منصفًا، وهي بعد عوامل لا تستغرقها قائمة محددة من أجل ضبطها وحصرها، وإن جاز أن يكون من بينها: أولاً: حقيقة الجهد والزمن الذي بذله المحامي، وكان لازماً لإنجاز الأعمال التي وكل فيها. ثانياً: جدة المسائل التي قام بحلها ودرجة تشابكها أو تعقدها. ثالثاً: ما اقتضاه تنفيذها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية. رابعاً: ما إذا كان تنفيذ الأعمال التي عهد إليه للموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى. خامساً: الأجر المقرر عرفاً مقابل معقولا لها. سادساً: للقيود الزمنية التي يكون للموكل قد فرضها على محاميه لإنجاز الوكالة، وكذلك تلك التي أملت ظروفها. سابعاً: النتائج التي يكون محاميه قد بلغها في شأن المبالغ التي يتردد النزاع حولها. ثامناً: مكانة المحامي ومقدرته وشهرته العامة. تاسعاً: طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه، وعمق امتدادها في الزمان. عاشرًا: الأتعاب التي تقررت لغيره من المحامين في

(١) "دستورية عليا" - لل قضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية المشار إليها أنفاً ص ٥٥٩ - ٥٦٠ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٤/١١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٤ - ص ٤٤٦ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ١٨٠ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" - جلسة ١/١١/٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٥٥ ص ٤٥٣ - ٤٥٤ من الجزء التاسع.

الدعوى المعاملة. جادي عشر: ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التي وكل فيها بالنظر إلى ملائمتها<sup>(١)</sup> <<.

وإذا كان اقتضاء الأجر العادل مشروطاً حتى في العمل الذي يقهر عليه العامل، وذلك عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة ١٣ من الدستور، فإن أداء الأجر كمقابل لعمل أداء العامل اختياراً، في إطار رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية ترتبط طرفاها بها، يكون بالضرورة أحق بالإفناء كضمانة كفلها الدستور يعزز بها إسهام المواطن في الحياة العامة، ولتمكين من القيم الأصلية التي ينبغي أن تتحلى الجماعة بها<sup>(٢)</sup>.

### الفرع السادس

#### القيود على الحق في العمل

٢٤٢- يتعين في الشروط التي يفرضها المشرع لأداء حرفة أو مهنة بذاتها، أن ترتبط عقلاً بمطلباتها، وأن يكون فرضها لازماً لضمان حسن القيام بها، ملتئماً مع طبيعتها، وإلا كان تقرير هذه الشروط انحرافاً عن مضمونها الحق، والتواء بمقاصدها، وإرهاقاً لبيئة العمل ذاتها، وما ينبغي أن يهيمن عليها من القيم التي تعلو بقدر العمل، ولا تخل بطبيعة الشروط التي يقتضيها، وبوجه خاص كلما دل تطبيقها على مناهضتها لتكافؤ الفرص، أو تمييزها دون مقتض بين المتزامنين على العمل، أو إنكارها لحقهم في الأمن - اجتماعياً أو اقتصادياً أو نفسياً - أو إضرارها بالأوضاع الأفضل لضمان حريتهم وكرامتهم.

وما ينص عليه المشرع من حرمان الأشخاص الذين تزيد أعمارهم على سن معينة، من الالتحاق ببعض الأعمال، لا يستقيم كلما تقرر هذا الحرمان في صيغة مطلقة تتأني طبيعة هذه الأعمال وشروط أدائها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ - قاعدة رقم ١٨ - ص ١٨٢ و ١٨٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٨٠/١٥ - ص ١٠٨ - ١٠٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥، القاعدة رقم ٣٤ - ص ٤٤٩ - ٥٠٠ من الجزء السادس.

ذلك أن من بين تلك الأعمال ما يتصل ببعض المهن الحرة التي تقتضى ممارستها جهدا عقليا صرفا من القائمين عليها. ولا شأن لها بمظاهر القصور في قدراتهم البنائية، وما يتصل بها عاطفيا وجسمانيا من تغيير يؤثر سلبا وعملا في إمكاناتهم.

فلا يكون شرط السن عندئذ مقبولا، إلا إذا كان مبررا بطبيعة الأعمال التي يعهد إلى العامل بها، ونطاق واجباتها ومسئولياتها، ليتحدد على ضوءها ما إذا كان هذا الشرط فاعلا مؤثرا فيها، أو منافيا لها وغريبا عنها.

بما مؤده أن الأصل ألا يعول على شرط السن لأداء العمل. فإذا كان مطلوبا عقلا لبعض الأعمال، كان ذلك استثناء من هذا الأصل يتعين أن يفصر في أضيق الحدود، وإلا صار شرط السن ذريعة لنقض الحق في العمل، ولإهدار المزايا التي يرتبط بها، كالحق في المعاش.

ولئن جاز القول بأن تقدم العمر يحمل في ثناياه مخاطر صحية لا يستهان بها، ولا يمكن التنبؤ بزمن طروئها ولا بحدتها ومتاعبها ومضاعفاتها؛ إلا أن المهن الحرة التي تقتضى مزاومتها جهدا عقليا، يتعين أن يكون النفاذ إليها متاحا لمن يطرقون أبوابها، لا ينقيدون قسئ ذلك بغير الشروط الموضوعية التي تؤهل لممارستها، والتي ينالها شرط السن باعتباره دخيلا عليها.

وهو ما يعنى أن الشروط التي يتطلبها المشرع للتقيد في الجداول التي تنظم الاشتغال بالمهن الحرة -ومن بينها شرط السن- يتعين لإقرار مشروعيتها، أن يقوم الدليل على اتصالها بطبيعة هذه المهن ذاتها، وما يكون لازما عقلا لممارستها، مرتبطا بجوهر خصائصها The Essence of the Business. ذلك أن الأمم على اختلافها، تتخذ كثيرا من مصادر قوتها وثروتها، إذا أعيق عملها -بناء على سنهم- من النفاذ إلى الأعمال التي لايزالون قادرين على النهوض بها، والتي يتكافأون في إنجازها، أو يمتازون في أدائها عن ممارسوها فعلا، ليفقد المبدعون عنها فرص عملهم، وليكون التمييز بين هؤلاء وهؤلاء تصفيا، ومخالفا للمستور بالتالي.

بما مؤده أن شرط السن في نطاق الأعمال الحرة، كثيرا ما يكون مؤثرا واهيا على القدرة على ممارستها<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -قضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨/٥/١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٠ -ص ٦٣٧ وما بعدها من الجزء السابع.

### الفرع السابع الحرية النقابية لعمال القطاع الخاص

٢٤٣- يقرع التنظيم النقابي-مهنيًا كان لم عاليا- عن حرية الاجتماع التي لا تجوز إعاقته بغيود جائرة تعطل أو تقيد ممارستها، ولا تتدخل في نطاق تنظيمها.

وتتميز الحرية النقابية التي كفلها الدستور بنص المادة ٥٦، باتماعها لحرية الإرادة في الدخول في منظمة نقابية أو الخروج منها؛ وفي أن يكون الشخص عضواً في أكثر من منظمة نقابية إذا استوفى شروطها، وأن يتجنبها جميعاً إذا أعرض عنها، وقرر ألا يلجأ إليها.

وليثاق هذه الحقوق عن الحرية للنقابة يجعلها من ركائزها. وهي في مجموعها لا تخل بحق النقابة ذاتها في إرساء القواعد التي تنظم شئونها، وأن تقرر بنفسها أهدافها، ووسائل تحقيقها، بما في ذلك طرائق تمويل نشاطها.

ولا تعارض الحرية للنقابة على ضوء هذا المفهوم، ديموقراطية العمل النقابي. ذلك أن الديموقراطية النقابية هي التي تطرح بوسائلها وتوجهاتها نطاقاً للحماية وكفل لقوة العمل -أيما كان موقعها- جوهر مصالحها، وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود.

وهي كذلك مفترضة أولى لوجود حركة نقابية تستقل بذاتها ومناحي نشاطها، فلا تتسلط عليها جهة إدارية؛ ولا تعلق تأسيسها على لإنها؛ ولا تتدخل في شئونها بما يعوقها عن إدارة نشاطها؛ ولا تحل نفسها محل المنظمة النقابية فيما تراه هي لكفل لتحقيق مصالح أعضائها؛ ولا تفرض وصايتها عليها.

وليس لها أن تقرر إنهاء وجودها عقاباً لها؛ ولا أن تفصل بنفسها في صحة التنظيم النقابي أو بطلانه كشرط سابق على بحثه إلى الحياة؛ ولا أن تؤثر في حق الاقتراع داخل النقابة لتقوض تنظيماتها حتى لا يفوز بمناصبها المختلفة على تباين مستوياتها، الأحق بها.

وإذا كان الاجتماع مع آخرين، ضرورة يقتضيها تنظيم الأفراد لنشاطهم فلا تتعثر جهودهم، بل يكون نكتها طريقاً لتعمق الحقائق على اختلافها بما يحول دون كتمانها أو التجهيل بها، أو تقليص دائرتها؛ وكانت حرية الاجتماع ذاتها؛ هي التي يقرع عنها حقهم في بناء تنظيم مشروع

يضمهم -سياسيا كان أم نقابيا - فقد تعين ألا تفرض السلطة التشريعية على حرية الاجتماع قيودا في نطاق تنظيمها، إلا بقدر حدة هذه المصالح التي وجهتها لتقريرها، وبافتراض مشروعيتها.

يؤيد هذا للنظر أن الأصل في التنظيم النقابي أن يكون مفتحا لكل الآراء، قائما على فرص حقيقية لتداولها وتفاعلها، بما يوفق بينها قدر الإمكان أو يبدلها بغيرها. فلا يكون العمل النقابي إلهاء أو التواء، بل توفيقا في إطار المسؤولية، وإلا كان مجاوزا الحدود التي ينبغي أن يترسعها  
Ultra Vires Actions.

وهذه القيم التي يربعاها للتنظيم النقابي، هي التي كرسها الدستور بنص المادة ٥٦، والتي تحتم أن يكون هذا التنظيم قائما وفق مقاييس ديموقراطية يكون القانون كفلها لها، توكيدا لأهمية وخطورة المصالح التي يمثلها، وعمق اتصالها بالحقوق المقررة قانونا لأعضائها.

فلا ينحاز العمل النقابي لمصالح جانبية لبعضهم محدودة أهميتها، بل يكون تقديما بالضرورة، متبينا نهجا مقبولا من جموعهم، وقابلا للتغيير على ضوء إرادتهم.

بيد أن حق النقابة في تكوينها وفق أسس ديموقراطية، وكذلك إدارتها لشؤونها بما يكفل استقلالها، ويفظنها في الدفاع عن مصالح أعضائها، وتطويرها للقيم التي يدعون إليها في إطار أهدافها، ووعيتها بما ينبغي، ومراجعتها لسلوكهم؛ لا يخولها العنوان على حقوق كفلها الدستور، ويندرج تحتها حق كل عضو فيها في التعبير عن الآراء التي يريد إقناع الآخرين بها حتى لا تفرض الأقلية -بحكم موقعها أو سيطرتها- آراءها على المخالفين لها.

ذلك أن أعضاء النقابة جميعهم شركاء في تقرير أهدافها، وصوغ نظمها وبرامجها، وتحديد طرائق تنفيذها، بما في ذلك وسائل تمويلها، فلا تكون السيادة إلا لجموعهم، ولا ييسط غرياء عنها سيطرتهم على شأن من شؤونها. وشرط ذلك ضمان تعدد الآراء داخل النقابة، وتزاحمها فيما بينها، واتساع آفاقها وتعدد مصادرها، وأن تتخذ النقابة قراراتها على ضوء اقتناع أعضائها بها وقدر تحقيقها لمصالحهم بما يجعل قراراتها هذه بأيديهم.

ذلك أن مفهوم الحرية ليس سلبيا، ولا واقعا وراء جدران مغلقة، ولا منفصلا عن إرادة الاختيار، ليفاضل العمال بين البدائل على ضوء مفاهيم الحق والعدل من منظور اجتماعي، وبما

يُكفل سعيهم لضمان الحقوق التي تتصل بمواقفهم، سواء في جوهر بنائها، أو من خلال دعم وسائل الدفاع عنها<sup>(١)</sup>.

وهذه الحرية النقابية التي تصونها المحكمة الدستورية العليا، هي التي تكفل استقرار العمال وتطوير أوضاعهم، ويعتبر ضمانها لازماً لمواجهة كل إخلال بها، وبوجه خاص لرد خطرين عنها لا يتعدلان في أثرهما، ويتأتيان من مصدرين مختلفين:

ذلك أن المنظمة النقابية ذاتها قد تبأثر ضغوطها في مواجهة العمال غير المنضمين إليها لجنهم لدائرة نشاطها، توصلًا لأحكام قبضتها على تجمعاتهم.

وقد يتدخل رجال الصناعة والتجارة في أوضاع الاستخدام في منشآتهم، أو بالتهديد بفصل عمالهم، أو بمسايطرتهم تأديبياً، أو بإرجاء ترقيةاتهم، لضمان انصرافهم عن التنظيم النقابي، أو لحملهم على التخلي عن عضويتهم فيه.

ويظل سديداً القول بأن الحرية النقابية، وديموقراطية العمل النقابي، تقتضيان أن تفرض المنظمة النقابية أشكالاً من الرقابة الذاتية على الكيفية التي تبأثر بها نشاطها، وبما لا يخل بأهدافها، ليكون تقييمها لنواحي القصور فيه، موضوعاً، يعتمد على وسائل تحليلية موثوقة بها.

كذلك فإن حق العمال في تكوين المنظمة النقابية، وكذلك حرية النقابة ذاتها في إدارتها لشؤونها، ومسايطرتها لأعضائها عما يقع منهم مخالفاً لنظمها، لا ينفصلان عن انتهاجها الديمقراطية أسلوباً وحيداً ينبسط على كافة صور نشاطها، ويكفل بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المقيدين بها.

على أن المنظمة للنقابية العمالية -وبالنظر إلى طبيعة تكوينها وخصائص نشاطها، ونوع الأغراض التي تتوخاها- كل ذلك جعلها من أشخاص القانون الخاص، ليحكم هذا القانون نشاطها ويضبط تصرفاتها، ولو كان المشرع قد منحها جانباً من خصائص السلطة العامة وامتيازاتها. ذلك

(١) دستورية غالياً -القرضية رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٦ -ص ٤٦٣ وما بعدها من الجزء السابع.

أن وسائل السلطة العامة التي تمارس المنظمة للنقابية للعمالية بعض جوانبها، لا تحيلها إلى جهة إدارية في مقوماتها، ولا تلحقها بها، أو تكمجها فيها.

ولا يجوز في أية حال، أن تنقض للنقابة ولو بالتذرع بخدمة مصالحها وتقوية نشاطها- حرية التعبير التي تمثل في ذاتها قيمة عليا لا تنفصل الديمقراطية عنها، وترسيها لادول قاعدة لبنين مجتمعاتها، ولضمان تفاعل مواطنيها معها.

ذلك أن حرية التعبير أهدافها التي يتصدرها بناء دائرة للحوار العام لا تنحصر مصادرها، ولا أفاقها، ولا أدواتها التي تتعدد معها مراكز اتخاذ القرار؛ وتتسم بمسامحتها مع خصومها؛ ويرفضها لكل قيد يخل بمصدقيتها؛ واستجابتها بالإقناع لإرادة التغيير.

بما مؤده أن الآراء على اختلافها لا يجوز إجهاضها، ولا مصادرة أدواتها، أو فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يرونها منافية لقيم محدودة أهميتها يروجونها، أو يحيطون ذيوعها بمخاطر يدعونها، ولا يكون لها من وضوحها وواقعها، ما يبرر القول بوجودها. كذلك فإن حرية التعبير هي الطريق إلى إيماء للشخصية الإنسانية بما يكفل تحقيقها لذاتها، والإسهام في أشكال مختلفة من ألوان الحياة ومظاهرها.

وكما تدخل للمشرع بلا ضرورة، لتقييد عرض آراء بذواتها بقصد طمسها بالنظر إلى مضمونها Content - based abridgments، كان ذلك إصماتا مفروضا بقوة القانون في شأن موضوع محدد انتقاه المشرع انحياء، مائلا بالقيم التي تحتضنها حرية التعبير عن متطلباتها التي تكفل تدفق الآراء واستيعابها بغض النظر عن مصادرها أو محتواها، ونون ما اعتدلت بمن يتلقونها أو بطرحونها، وبمراعاة أن الحق في الحوار العام، يفترض تساويها في مجال عرضها وتسويقها.

كذلك فإن إكراه البعض على القبول بآراء يعارضونها أو حملهم على تبنيها، لا يقل سوءا عن منعهم من التعبير عن آراء يؤمنون بها أو يزجون لها.

وهو ما يعني أن القصر على اعتناق بعض الآراء، أو إقصاء غيرها، سمتان تتلفضان مفهوم حوار يقوم على عرض الأفكار وتبادلها والإقناع بها.

كذلك فإن موضوعية الحوار، شرطها شفافية العناصر التي يدور الجدل حولها، بما يحول دون حجبها أو تشويهها أو تزيفها.

وتعلق مفهوم الحوار بالقبول بآراء أو برفضها بعد موازنتها ببعض، وعلى ضوء حقائقها وإعمال حكم العقل بشأنها، مؤداه أن كل أقوال تتعمد معها فرص للحوار، كذلك التي تحرض على استعمال القوة أو تستثير نوازع العدوان عند من يتلقونها إضرارا بالآخرين، لا يجوز إسنادها إلى حرية التعبير، وذلك بالنظر إلى إقترانها بمضار لا يجوز للقبول بها، ولأن مفهوم عوض الآراء في سوق مفتوحة لتلقيها وتقييمها، لا ينبسط عليها.

كذلك فإن النظم الانتخابية جميعها، غايتها أن يكون التمثيل وفقا لأحكامها متكافئا قدر الإمكان، وعرض المرشحين لآرائهم متوازنا، والدفاع عنها مكفولا.

وانسحابهم إلى منظمة بذاتها، يفترض دعمهم لأهدافها في إطار الحوار والإقناع؛ وإعلانهم كذلك مصادر تمويل حملتهم الانتخابية، ومعدل الإنفاق فيها؛ ويحول المشرع كذلك تنظيم زمن حملتهم هذه، ومكان إجرائها، بقصد ضبطها، وبغير إخلال بحريتهم في التعبير عن آرائهم، ودون تقييد لمضمونها.

وتدخل المشرع بما ينال من فرص الناخبين في الإدلاء بأصواتهم، لا يقل سوءا عن حرمان بعضهم أصلا -ودون مسوغ- من حق الاقتراع.

كذلك فإن الشروط التي يفرضها المشرع اعتصافا ليحدد بها من يكون مقبولا من المرشحين الذين يخوضون الحملة الانتخابية، تنعكس سلبا على فرص تعبير الناخبين عن رغباتهم من خلال أصواتهم.

فلا يكون لها فعاليتها في شأن اختيار من يطمنون إليهم، وعلى الأخص في إطار نظم نقابية تتعدد حلقاتها، وتكدرج مستوياتها، وتكفل اتصال بعضها ببعض بما يصون ترابطها.

إذ كان ما تقدم، وكان حق العمال في المنظمة النقابية في الاقتراع والترشيح -يفترض انسحابهم إليها من خلال عضويتهم الثابتة بها- وكان تعدد الآراء داخل كل منظمة نقابية، قاعدة لكل تنظيم ديموقراطي، لا يقوم إلا بها؛ ولا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها؛ فإن تطبيق حق

المعامل بها في الترشيح لعضوية مجلس إدارتها، على شرط فوات علم على قيده بها، يكون مخالفا للدمستور<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثامن

#### حق الحصول على العمل

٢٤٤- تكبر الدولة فرص العمل لمواطنيها في نطاق خدماتها الاجتماعية التي يرتبط ضمانها بمواردها وإمكاناتها الذاتية، كي توفر خدماتها هذه بصورة مبتكرة ووفق قدراتها، وعن طريق تدخلها إيجابيا لصونها.

ولا كذلك موقفها من الحقوق السلبية -كالحق في الحياة وفي الحرية - التي يكليها لصونها مجرد الامتناع عن التدخل في نطاقها، بما يقيد أو يعطل أصل الحق فيها.

ولئن صح القول بأن الحقوق المدنية والسياسية، لا يمكن فصلها عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سواء في مجال توجهاتها أو عموم تطبيقاتها؛ وأن النوع الأول من الحقوق يعتبر مدخلا لثانيهما، وشرطا لتحقيق وجوده عملا؛ إلا أن الفوارق بين هذين النوعين من الحقوق، تكمن في أصل نشأتها، وعلى ضوء مرادها.

ذلك أنه بينما تعتبر الحقوق المدنية والسياسية، من الحقوق التي تملأها آدمية الإنسان وجوهره، إلى حد وصفها بخصائص بنى البشر، أو إدراجها في إطار الحقوق الطبيعية الأسبق

(١) يراجع في كل ما تقدم، القضية رقم ٨٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ٩٢ - ص ١٢٦٢ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ قضائية دستورية - جلسة ٧ أيلول ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٤ - ص ١١٧٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٣ أيلول ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٦ - ص ٤٦٣ - ٤٦٥؛ والقضية رقم ١٨٠ لسنة ١٩ قضائية دستورية - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٧ - ص ١٤١٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن لمبدأ الحرية النقابية La liberté syndicale قيمة دستورية وفقا لقضاء المجلس الدستوري الفرنسي 49.R.p. 1983. 20 - 19 D.C. 83 - 162 C.C. ويتبنى هذا المجلس كذلك مبدأ مشاركة العمال في تحديد الجماعي لشروط العمل وإدارة المشروعات.

Le principe de la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises [C.C. 77 - 79 D.C.. 5 Juillet 1977, R.p. 35].

وجوداً من تكوين الجماعة التي ترتبط بها، فلا تتكامل شخصيته، ولا يوجد سويها بدونها، ولا يحيا إلا بالقيم التي تشكلها؛ فإن ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للإنسان، توخى دوماً تطوير أوضاع البيئة التي تولد فيها مستظلاً بها، ليعيد تكوين بنيتها، عبر الأفاق الجديدة التي تقتضها.

وهي بحكم طبيعتها هذه، تتصل حلقاتها عبر الزمن، وعلى امتداد مراحل لا تفرضها الأهواء. بل تقررهما الدول على ضوء أولوياتها، وبمراعاة مواردها.

وإذا صح القول -وهو صحيح- بأن الحقوق المدنية والسياسية -ربالنظر إلى قدمها واستقرارها في الوجدان- لا يجوز النزول عنها، ولا التخلي عن مباشرتها، ولا أن يتعلق تقاسم بها<sup>(١)</sup>؛ وأن الفرد ما توخى بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية -التي تتأهض الفقر والجوع والمرض بوجه خاص- غير طلبها لتطوير الأوضاع التي يعايشها بما يحقق رخاء وخير العلم؛ إلا أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية -ربحكم طبيعتها هذه- يستحيل ضمانها لكل الناس في آن واحد. بل يرتبط تحقيقها في بلد ما بظروفها وقدراتها ونطاق تقدمها، وعمق مسؤوليتها قبل مواطنيها، وإمكان نهوضها بمطالباتها.

ولا تنفذ هذه الحقوق بالتالي فور طلبها، بل تنمو وتتطور وفق تدابير تمتد زمناً، وتتصاعد تكلفتها بالنظر إلى مستوياتها وتبعاً لنطاقها، ليكون تبخل الدولة بصفة إيجابية في شأنها، متتابعاً؛ واقعاً في أجزاء من إقليمها؛ منصرفاً لبعض مدنها وقراها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مظلتها على المواطنين جميعهم. ذلك أن مسؤوليتها عنها، مناطها إمكاناتها، وفي الحدود التي نتيجها، ومن خلال تعاون دولي أحياناً<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة الأولى من الدستور الفرنسي لعام ١٧٩١ التي تضمنت بأن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تشريع أية قوانين يمكنها أن تدخل أو تترافق مباشرة الحقوق الطبيعية والمدنية التي يكفلها الدستور.

le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte ou mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils garantis par la constitution.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية- جلسة ٢ مارس ١٩٦٦ -قاعدة رقم ٣٠ -ص ٥١٦- ٥٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### الفصل التاسع

#### معاش العامل ليس بدلياً عن أجره

٢٤٥- لا تعتبر أجور العمال بدلياً عن معاشاتهم، ذلك إن الالتزام لا يكون بدلياً إلا إذا قلم المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي. وهو بذلك يفترض مديناً واحداً تقرر البديل لمصلحته، وتجبراً ذمته إذا أداه بدل المحل الأصلي. ولا كذلك اجتماع الأجر والمعاش. ذلك إن الجهة التي يقع عليها الالتزام بتقديم المعاش، غير تلك التي تقدم الأجر، ولا يحل أحدهما محل الآخر بالنظر إلى اختلافهما مصدراً وسبباً<sup>(١)</sup>.

فالحق في المعاش مصدرة المباشر نص للقانون، وتلتزم الجهة التي تقرر عليها، بأن تؤديه إلى المؤمن عليه عند انتهاء خدمته وفقاً للنظم المعمول بها. وهو يستحق عن مدة خدمة سابقة أداها العامل بالجهة التي كان يعمل لديها قبل إحالته إلى التقاعد، ومقابل حصص أداها في التسلمين الاجتماعي وفقاً للقواعد التي تقرر للمعاش بموجبها، وتحدد مقداره على ضوءها.

وذلك خلافاً للأجور التي تعتبر رابطة العمل، المصدر المباشر للحق فيها، والتي تستحق عن عمل جديد أداه العامل بعد تقاعده، في الجهة التي التحق بها. فلا يكون هذا العمل إلا سبباً لاستحقاق تلك الأجور، وباعثه إلى التعاقد مع الجهة الجديدة.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٤ - ص ٥٠١ من الجزء السادس، والقضية رقم ٥٧ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٣ ص ٦٥٧ من الجزء الثامن. وقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي كذلك قاعدة الجمع بين معاش التقاعد وأجر العمل المهني.

Commune de pension de retraite et de revenus d'une activité professionnelle [C.C. 85-200 D.C., 16 janvier 1986. R.p.9].

### الفرع العاشر حماية صحة العامل وأمنه الاجتماعي

٢٤٦- ويندرج في إطار الشروط الموضوعية للعمل، ضمان حق العمال في الرعاية النفسية والصحية والوظيفية. وكذلك الحق في تعليمهم وتدريبهم وتأهيلهم بما يطور من ملكاتهم وقدراتهم. فضلا عن الحق في ضمان أمنهم اقتصاديا واجتماعيا<sup>(١)</sup>.

وإذا كان حق العمل وثيق الصلة بالملكية وبالحرية للشخصية، وبالحق في الإبداع كلما كان العمل ذهنيا؛ وكان الدستور قد حرص على صون هذه الحقوق جميعها، وحظر تقييدها بغير مسوغ مشروع؛ وكان حصول أعضاء الهيئات القضائية على المبالغ الشهرية الإضافية المكملة لمعاشاتهم الأصلية، يعتبر ضروريا لضمان الحد الأدنى من احتياجاتهم؛ فإن الحق في اقتضاء هذه المبالغ الشهرية الإضافية، لا يجوز أن يعلق على شرط امتناع العضو عن العمل بعسد تقاعده، وذلك لأمرين أولهما: أن الحق في العمل من الحقوق التي كفلها للدستور فلا يجوز هدمها. ثانيهما: أن حرمان عضو الهيئة القضائية بعد تقاعده من العمل، مؤداه أن يركن إلى حياة راكدة مغلفة تهادم بها تلك القيم التي علو بقدره، وتؤكد ارتقاءه ويعتبر بتخلفها طاقة عاطلة تفرس أعباءها على غيرها<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الحادي عشر حقيقة ونطاق حق العمال في المكاسب الاشتراكية

٢٤٧- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا أن الدستور وإن كفل للعمال بنص المادة ٥٩، حقهم في مكاسبهم الاشتراكية، على تقدير أن دعما والحفاظ عليها يعتبر واجبا وطنيا؛ إلا أن هذه المادة ذاتها قصرت عن بيان الحقوق التي تشملها مكاسبهم هذه، ولم تحل حتى إلى قانون لتحديدتها.

فلا يكون الدستور كافلا للعمال غير تلك الحقوق والمزايا التي نص عليها، والتي يتساوون في طلبها، وبشرط أن تقابل هذه الحقوق والمزايا بواجباتها، وألا تتساقط عليهم بغير جهد منهم يقارنها ويمادئها، وإلا أخل اقتضاؤها بالثروة القومية وأضر بها بصورة فادحة.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٤٤ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٢ مايو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣٩ - ص ٥٧٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

وهو ما تؤيده ديباجة الدستور ذاتها التي تقرر بأن التطوير الدائم لأوضاع الحياة في الوطن، ينبغي أن يكون نهجا متوصلا وعلا دمويا، مرتبطا بإطلاق للجماهير لطاقتها وملكتها، فلا يكون إسهامها حضاريا وإنسانيا إلا عن طريق العمل وحده.

ولئن حدد الدستور بنص المادة ٢٣، الأغراض التي ينبغي أن تتوخاها خطة للتنمية، ومن بينها زيادة فرص العمل، وتقرير حدين للأجور لا تقل فيه عن أدناها، ولا تربو به على أعلاهما، ضمنا لتوازن الدخول وتقريبها فيما بينها؛ إلا أن هذه المادة ذاتها تقيم رباطا وثيقا بين الأجر والإنتاج، فلا يكون الأجر ومزاياه، إلا من ناتج العمل ويقدره.

وتردد المادة ٢٦ من الدستور هذا المعنى كذلك من خلال ضماناتها للعمال نصيبا في إدارة مشروعاتهم وفي أرباحها، يقترن بالتزامهم بتنمية الإنتاج والمحافظة على أدواته، وتنفيذ الخطة الاقتصادية داخل وحداتهم وفقا للقانون.

وهو ما يعنى أن الحقوق أسبابها وأدواتها وشرائطها، فلا يكون طلبها لازما إلا باستيفائها.

ولقد حرص الدستور بالنصوص التي تضمنها، على أن تكون التنمية طريقا هدفا، وأن تكون ومائلها أعون على إنفاذها، وأن يكون التكامل بين مراحلها وعيا عميقا.

بل إن ديباجة الدستور تؤكد أن قيمة الفرد -التي ترتبط بها مكانة الوطن وقوته- مردها إلى العمل، وأن النضال من أجل الحرية يقتضى أن يكون دور المواطنين في تشييدها فاعلا.

وإذا صح القول بأن الحرية السياسية والحرية الاقتصادية متكاملتان، فإن العمل -وكما كان مبررا من الاستقلال- يصير طريقا لتحرير الوطن والمواطن. ولا يجوز بالتالي أن يقترن بمزايا لا يرتبط عقلا بها.

وإذ كان ما تقدم هو الشلآن في الحقوق والمزايا التي كفلها الدستور للعمال بنصوص صريحة لا لبس فيها؛ فإن ما يقرره المشرع للعمال من حقوق ومزايا لا نص عليها في الدستور، مرجعها إلى سلطته التقديرية، ولازمها أن يكون بيده وحده -ووفق شروط موضوعية- أمر إيقائها أو إلغائها<sup>(١)</sup>.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة أول فبراير ١٩٧٧ -قاعدة رقم ٢٣- ص

### المطلب الرابع قانون الأحوال الشخصية

٢٤٨- يتحدد الإطار العام لهذا القانون -وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا- في عدد من المسائل التي واجهتها، وعلى الأخص تلك المتعلقة بنطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور؛ وحدود الاجتهاد في مسائل الشريعة الإسلامية؛ ونطاق سلطة ولي الأمر في ذلك.

فضلاً عن القواعد التي أرسنها هذه المحكمة، لتوحد بها بين الأسرتين المسلمة والقطبية فيما لا يخل بركائز العقيدة لكثير من هاتين الشريعتين.

### الفرع الأول نطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور

٢٤٩- شجر النزاع حول دلالة نص المادة الثانية من الدستور بين المعنيين بتطبيق الشريعة الإسلامية لتحكم الحياة القانونية في مصر؛ وبين الذين يعارضون هذا للتطبيق، أو على الأقل لا يضعونه موضع الإلزام.

وتردد هذا النزاع بين نظريتين رئيسيتين؛ تعلى أولاهما: مبادئ الشريعة الإسلامية قوة مطلقة كي تحكم النصوص القانونية جميعها، حتى ما كان منها سابقاً على العمل بنص المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها. بما يقتضاه أن ترد إليها الأحكام العملية جميعها، فلا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها أو اطراحها، إذ هو ملزم بتحريمها حتى لا يلغضها أو يعارضها. ولا مجال بالتالي للقول بأن الرجوع إلى مبادئها هذه، قد أتى في مقام الإرشاد والتوجيه<sup>(١)</sup>.

وتقرر ثانيهما: أن مبادئ الشريعة الإسلامية غير نافذة بذاتها، وأنها في حقيقتها دعوة إلى المشرع كي يوفق معها النصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها، وهي بعد دعوة يتمهل فيها

(١) د. عوض محمد عوض-دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي- ص ٩٢ من الطبعة الثانية المصارف عام ١٩٨٢ من دار البحوث الطمعية للنشر والتوزيع بالكويت.

ونظر كذلك الدكتور/ سمي جمال الدين. في مؤلفه تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية من ١٤٨ من طبعة ١٩٨٦ -منشأة المعارف بالإسكندرية. وكذلك الدكتور/ عبد الناصر توفيق العطيل- منخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية طبعة ١٩٧٩ ص ١٥٥.

على ضوء أوضاع الجماعة وظروفها. فلا يقبل عليها إلا بقدر، وفي صورة متكرجة كي يكون التغيير متعلّق الخطي.

وأساس ذلك أن هذه المبادئ لا ترقى عند هؤلاء إلى قوة القواعد القانونية الملزمة، إلا إذا تدخل المشرع وقبّلها. وفي ذلك نقول للمحكمة الإدارية العليا بأن النصوص القانونية القائمة تنطّل معمولاً بها ولو شابها عوار مخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك إلى أن يتدخل المشرع لتغييرها بما يظهرها من عيوبها<sup>(١)</sup>.

٢٥٠- ولم نقبل المحكمة الدستورية العليا ليا من هذين المنهجين، وذلك لأمرين:

أولهما: أن تطبق مبادئ الشريعة الإسلامية في شأن النصوص القانونية جميعها، ما كان منها سابقاً أو لاحقاً على تعديل نص المادة الثانية من الدستور، يناقض ما قصده الدستور من إيرادها. ذلك أن مصدر الشيء يتقدم وجوده ولو بلحظة زمنية قصيرة. ومصادر الحقوق هي وقائمه التي تنشئها، أو هي أساليبها التي تنتجها. وهي بذلك تتقدم الحقوق التي تولدت عنها، مثلها في ذلك مثل من يردون بئراً للسقي، إذ يتعين أن يكون موجوداً قبل توجيههم إليه.

وإذا كان نص المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها يقضى بوجوب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما تفرّده أو تصدره السلطان التشريعية أو التنفيذية من النصوص القانونية، فإن هذه المبادئ -رغم جعلها الدستور مصدراً لهذه النصوص- تعتبر قيوداً عليها من وقت اعتبارها منهلها في ٢٢ مايو ١٩٨٠.

ولا كذلك النصوص القانونية المابقة على تعديل نص المادة الثانية من الدستور. فلم تلزمها هذه المادة بالرجوع إلى تلك المبادئ كي تستقي أحكامها منها، أو حتى لا تخرج -على الأقل- في مضمونها عنها.

(١) اعتنقت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه في الحكم الصادر عنها في ٣ إبريل ١٩٨٢ في الطعن المرفوع إليها والمقيد بجندولها تحت رقم ٣٣٩ لسنة ٢٧ القضائية. انظر في عرض دلائل نص المادة الثانية في الدستور تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٨ لسنة ٣ القضائية للمستشار الدكتور/ عوض المر وكذلك ص ٢٢١ وما بعدها من رسالة الدكتوراه للمستشار بالمحكمة الدستورية العليا، الدكتور/ عادل عمر شريف، وعولفتها القضاء الدستوري في مصر.

ثانيهما: أن الدستور لا يصوغ أحكامه على منبيل التخيير بين القبول بها أو اطرأها. وإنما تتحل جميعها إلى قواعد أمرة تفرض نفسها على الدولة والكافة وفق مضمونها وفي حدود أغراضها. وتظل النصوص التشريعية التي تصدر على خلافها، قائمة إلى أن تبطلها المحكمة الدستورية العليا، فلا يقع ذلك الفراغ التشريعي الذي يتخوفونه، وعلى الأخص بالنظر إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية تغاير في مضمونها مطلق أحكامها. إذ ترتد هذه المبادئ في بنيانها إلى كل قاعدة شرعية كلية لا نزاع في مصدرها أو دلالتها.

ويتعين بالتالي التمييز بين مبادئ الشريعة الإسلامية من جهة؛ وبين أحكامها التفصيلية التي اجتهد الفقهاء في بيانها، فأصابعهم أو جانبهم للتوفيق في عرضها. ذلك أن الاجتهاد إعمال لحكم العقل فيما لا نص فيه، أو فيما ورد به نص يحتل التلويل. ولا كذلك مبادئ الشريعة الإسلامية القطعية في ثبوتها ودلالتها.

وعلى ضوء هذين الاعتبارين، قررت المحكمة الدستورية العليا أن حكم المادة الثانية من الدستور -بعد تعديلها في ٢٢ مايو ١٩٨٠- يدل على أن الدستور فرضها كتقيد على المشرع في شأن النصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها بعد هذا التعديل، كي لا تتناقض هذه النصوص -في مضمونها- القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية التي تمثل ركائز بنيانها. وهي أصولها الثابتة التي لا يجوز تحريفها، والمقطوع بثبوتها ودلالتها، ولتسنى لا تقبل اجتهاداً يعدلها أو يحورها، بالنظر إلى علوها على كل قاعدة تشريعية تعارضها<sup>(١)</sup>.

على أن يكون ملحوظاً أن تنقية السلطة التشريعية للقوانين القائمة مما يشوبها من عوار خروجها على أصول الشريعة ومبادئها الكلية، ليس مشروطاً لإعمال نص المادة الثانية من الدستور. وإنما اقترن تعديل هذه المادة، بدعوة السلطة التشريعية إلى أن تأخذ هذه المهمة على

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤٦ -ص ٦٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٥ -ص ٢٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٦ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ -قاعدة رقم ١١ -ص ١٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٧/٧/٥ -قاعدة رقم ٤٦ -ص ٦٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

عانتها؛ وبحثها على أن توليها اهتمامها؛ وإن كان تسليها عن مباشرة هذا الاختصاص يشير بالضرورة مسؤوليتها السياسية.

### الفرع الثاني

#### انفتاح الاجتهاد في المعامل الشرعية الخلاقية

٢٥١- لم تكن الدعوة إلى قفل باب الاجتهاد في الشريعة الإسلامية عملاً صائباً ولا نهجاً حميداً.

ذلك أن الأحكام العملية جميعها متطورة بالضرورة لأنها تواجه الناس في احتياجاتهم المتغيرة ومصلحتهم المختلفة.

فلا تكون مواءمة للنظر فيها، غير تطوير للشريعة الإسلامية يكفل مرونتها ويعطيها روافد جديدة تصلحها لمواجهة التوالت على اختلافها؛ وتأخذ بكل مصلحة معتبرة شرعاً، فلا تسقطها من حمايتها لمجرد أن الأقدمين أغلظوها، أو لم يقيموا لها وزناً. وفي ذلك ضمان لتجديد الشريعة وتنفق بنابغها إرواء لأرض عطشى إلى اجتهاد ييسر على الناس أحوالهم، ولا يوقعهم في الحرج.

وما الاجتهاد غير إصالح لحكم العقل فيما لا نص فيه؛ وهو كذلك ليس تشهياً أو إنكاراً لما علم من الدين بالضرورة. بل نظراً عميقاً في الشريعة الإسلامية، واتصالاً بمقاصدها النهائية، واقتحاماً لمسائلها من خلال رد الأمر المتنازع إليه إلى الله ورسوله.

وهي بذلك لا تقبل جموداً يبقها عند لحظة زمنية بذاتها جاوز التطور مفاهيمها؛ ولا تقيداً بآراء بذواتها ليس لها من نفسها ما يعصمها من العتول عنها، ولا تصلباً عقيماً يتجاهل ما طرأ على الأوضاع القائمة من تغيير. فلا يكون ثباتها على حال ولحده لا تبديل فيها، غير نكول عن حق أولى بالاعتبار.

ولئن صح القول بأن أصول الشريعة الكلية ومبادئها الكلية، تبلور إطارها العام، وإنها تفرض نفسها على كل قاعدة قانونية على خلاقها لتردها إليها؛ وكان من المقرر كذلك أن الأحكام الظنية غير مقطوع بثبوتها أو بدالاتها أو بهما معاً. فإن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها لضمان مرونة الشريعة وحيويتها، فلا تجمد معطياتها، أو تحجر قوالبها.

على أن يكون مفهوماً أن الاجتهاد ليس قفراً في الفراغ، بل يتعين أن يكون واقعاً في إطار الأصول الكلية للشرعية، كإفلاصون مقاصدها النهائية بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والعقل والنفس والعرض والمال؛ متحرراً منهاج الاستدلال على الأحكام العملية التي تكون في مضمونها أرفق بالعباد، ولحظ بشؤونهم، وأكل لمصالحهم الحقيقية التي تشرع الأحكام لتحقيقها، وبما يلتزمها.

وليس الاجتهاد في أية حال محض تقليد لأراء الأولين، ولا افتراء على الله كذباً بالتحليل والتحرير؛ ولا عزوفاً عن أحوال الناس والمصالح من أعرفهم، ولا نهياً على للتأمل والتبصر في دين الله تعالى؛ ولا إنكاراً للحقيقة أن للخطأ محتمل في كل اجتهاد، وإن اجتهاد أحد من الفقهاء، ليس بالضرورة أحق بالاتباع من اجتهاد غيره.

ومن ثم صرح القول بأن أراء الفقهاء على اختلافها، لا يجوز النظر إليها باعتبارها شراً لا ينقص، وإن ما يصلح منها لمواجهة الأوضاع المتغيرة، ليس بالضرورة أقواها حجة، بل قد يكون أضعفها تأصيلاً، لظنّها لمواجهة حالة قائمة؛ فلا يجوز إهدارها، ولو كان مخالفاً لقوالا للفقهاء آخرين اطرد العمل بها في زمن معين.

### الفرع الثالث

#### حق ولي الأمر في الاجتهاد

٢٥٢- ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح العباد -عن طريق الأدلة النقلية والعقلية- حق لأهل الاجتهاد؛ فلولي أن يكون هذا الحق ثابتاً لولي الأمر يستعين عليه -في كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها- بأهل النظر في الشؤون العامة، إخمداً للتأثير، وبما يرفع التنازع والتناحر، ويبطل الخصومة.

ويتعين دوماً أن يكون واضحاً في الأذهان أن اجتهادات السابقين، لا يجوز أن تكون مصدراً نهائياً وحيداً لاستقاء الأحكام العملية منها.

بل يجوز لولي الأمر أن يشرع على خلافها، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، مستلهماً في ذلك حقيقة أن المصالح المعبرة، هي تلك التي تكون متلائمة مع مقاصد الشريعة، موافقة لها، وبشرط أن يرجح ولي الأمر عند الخيار بين أمرين، أيسرهما ما لم يكن إثمًا، فلا

بشرع حكما يضيق على الناس، أو يرفقهم ويعسر أمرهم إعمالا لقوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين حرجا".

بما مؤداه أن الاجتهاد حق لولى الأمر فى الدائرة التى شرع فيها، ليكون كساقلا للشرعية تماسكها ومرونتها، واتصال أصولها بفروعها، وثمارها بجذورها بما يعينها على اكتمال نوائها. وليس لولى الأمر بالتالى أن ينقيد بآراء بذاتها لا يريم عنها، خاصة وأن الصحابة والتابعين، كثيرا ما قرروا أحكاما متوخين بها مطلق مصالح العباد، طلبا لنفعهم أو دفعا لضرر عنهم، أو رفعا لحرج يصيبهم<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الرابع حضانة الصغير

٢٥٣- لأن أحال المشرع فى شأن الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين -فى إطار القواعد الموضوعية التى تنظمها- إلى شرائعهم مستلزمًا تطبيقها دون غيرها فى كل ما يتصل بها؛ وكان الدستور قد أورد أحكاما رئيسية فى شأن الأسرة تؤكد أن الحق فى تكوينها لا ينفصل عن الحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها بما لا يخل بوحدةها، أو يؤثر سلبا فى ترابطها أو فى القيم والتقاليد التى تتصهر فيها؛ وكان من المقرر كذلك أن الأسرة المصرية تحكمها قواعد وقيم لا انقطاع لجريانها يتصدرها إرساء أومنتها وطقولتها بما يحفظها ويرعاها؛ وكان ثابتا كذلك أن هذه الأسرة لا يصلحها اختيار من للحضانة لا يتحدد وفقا لتغير الزمان والمكان؛ ولا يقيمها كذلك انتزاع الصغير أو الصغيرة ممن لها عليهما حق الحضانة بما يروع المحضونين أو يعتنهم أو يشق عليهم؛ وكان لا يجوز إغفال الفروق الجوهرية بين المحضونين تبعًا لذكورتهم أو أنوثتهم أو خصائص تكوينهم؛ ولا أن يمايز المشرع فيما يتعلق بمن الحضانة -التي لا يتصل تحديد بدايتها ونهايتها، بأصول العقيدة وجوهر أحكامها- بين المصريين تبعًا لديانتهن؛ وكان الصغير

(١) "دستورية طبا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤١ - ٦١١ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٢ - ص ١٤٠ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٠ - ص ٣٢٥ - ٣٥٣ من "جزء السابع؛ والقضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤١ ص ٥٦٩ - ٦٦١ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٩٢ لسنة ٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٦ - ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء السابع.

والصغيرة يحتاجان معا في شأن حضائتهما، إلى خدمة النساء وفقا لقواعد موحدة لا تميز فيها؛ فقد تبين أن يتحد المصريون في القواعد التي تحكم من الحضانة، والتي لا شأن لها بالأصول الكلية لعقائهم على اختلافها. وإنما هي أوثق اتصالا بمصلحة الصغير أو الصغيرة اللذين تضمهما أسرة واحدة، وإن بعد أبواهما عن بعضهما البعض<sup>(١)</sup>.

### الفرع الخامس

#### في مسائل الولاية على النفس

٢٥٤- تحديد من الولاية على نفس الصغير، وإن تعلق بالمسلمين من المصريين؛ وكان هذا التحديد أوثق اتصالا بمصلحة الصغير في مسألة لا تتصل بأصول العقيدة وجوهر بيانها؛ وكان لا يجوز في غير المسائل التي حصتها نصوص دينية مقطوع بثبوتها ودلائلها، أن يمايز المشرع في مجال ضبطها بين المصريين تبعاً لدلائلهم، تقديراً بأن الأصل هو تساويهم جميعاً في الحقوق التي يتمتعون بها وكذلك على صعيد واجباتهم؛ وكانت الأسرة للقبطية هي ذاتها الأسرة المسلمة فيما خلا الأصول الكلية لعقيدة كل منهما، تجمعهما القيم والتقاليد عينها، وإلى مجتمعهم يفنيون تعبيرا عن انصهارهم في إطار أمتهن، ونأيهم عن اصطلاح الفواصل التي تفرقهم؛ فقد صار لازماً ألا يمايز المشرع بينهم في مجال الولاية على النفس التي تتحد مراكزهم بشأنها، سواء في موجباتها أو حد انتهائنها، وإلا كان هذا التمييز منفلتاً عن الحدود المنطقية التي ينبغي أن يترسها، ومخالفاً بالتالي لنص المادة ٤٠ من الدستور، ومجاوزاً كذلك الحق في الحرية الشخصية التي يكون التماس ومائلها -ويندرج لنهاية الولاية على النفس تحتها- مطلباً لكل مواطن وفقاً لنص المادة ٤١ من الدستور.

وقد دل الدستور بالمواد ٩، ١٠، ١١، ١٢ على أن للجماعة مقوماتها الأساسية التي لا يجوز أن ينزع بانيان الأسرة عنها، باعتبار أن تكوينها وصونها على امتداد مراحل بقائها، أفضل لوحدتها، وأدعى لاتصال أفرادها ببعض من خلال روافد لا انقطاع لجرياتها ينصدها إرساء

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ -بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- على أن حق حضانة النساء تنتهي ببلوغ الصغير من المباشرة، وبلوغ الصغيرة للتكنية عشرة سنة. ويجوز للقاضي بعد هذه السن، إبقاء الصغير حتى في سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج، فسيء بالحضانة، ودون أجر حضانة، إذا تبين أن مصلحةها تقتضي ذلك. وتتعلق هذه المادة بالمصريين من المسلمين، ولكن المحكمة الدستورية العليا طبقها على المصريين جميعهم بغض النظر عن ديانتهم.

أمومتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها؛ والتوفيق بين عمل المرأة في مجتمعها وواجباتها في نطاق أسرتها؛ وبمراعاة طابعها الأصيل بوصفها الوحدة الأولى التي تكفل لمجتمعها تلك القيم والتقاليد التي يستظلون بها.

وهذه الأسرة ذاتها -ربغض النظر عن عقيدة أطرافها- لا يصلحها مباشرة الإلزام لولاياتهم على أنفس الصغار دون ما ضرورة، ولا مجاوزتهم مقاصد ولايتهم هذه بما يخرجها عن طبيعتها، ويمزجها بالولاية على المال في سبب نشوئها أو انتهائها.

وإنما ينبغي أن يكون لكل من هاتين الولايتين دولتها وشروط انقضائها، وشرط ذلك أن يكون للولاية على أنفس الصغار زمنها، فلا يكون بقاؤها مجاوزا تلك الحدود المنطقية التي تقتضيها مصلحتهم في أن يمارس أولياؤهم عليهم إثرا لما ضروريا لتقويمهم، ولا أقل مما يكون لازما لاعتمادهم على أنفسهم في مجال الاتصال بالحياة، وولوج طرقها واختيار أنماطها. ومن ثم يكون بلوغ الصغير بلوغا طبيعيا كافيا لزوالها، وإلا كان بلوغ السن التي ينتهي عندها لتكبير أمره، منهيًا لها.

ونلك هي القاعدة الموجودة التي ينبغي لكل أسرة للترامها، ضمانا لترابطها واتساق نميجهها مع مجتمعها<sup>(١)</sup>.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٧٩ لسنة ٢٨ قضائية "مستورية"- جلسة ١٩٩٧/١٢/٦ -قاعدة رقم ١١-٣/٧٠

ص ١٠٢٤ - ١٠٢٧ من الجزء الثامن.

### الفصل الحادي عشر

### الرقابة القضائية على الدستورية

#### المبحث الأول

#### القواعد الكلية التي تحكمها

٢٥٥- ترتبط القواعد الكلية للرقابة على الدستورية، بالمفاهيم التي لا تتحول عنها الجهة القضائية التي تباشر هذه الرقابة، لتفصل على ضوئها في دستورية النصوص القانونية. إذ هي معايير موحدة لا تتباين تطبيقاتها، ولا يتصور أن يثور حولها جدل ذو شأن، وأهمها:

#### أولاً: ضمان الوحدة العضوية للنصوص الدستورية

٢٥٦- نصوص الدستور لا تتهاجم أو تنتأخر ولا تتجزأ عن بعضها، بل يضمها رباط منطقي يوفق بين معانيها، ويزيل شبهة تعارضها، ويكفل اتساقها والأغراض النهائية التي يقوم الدستور على تحقيقها.

وهو ما يرد نصوص الدستور إلى وحدة عضوية تتواصل أجزاؤها، ويفترض ذلك تألفها في معانيها، وتضامرها في توجهاتها<sup>(١)</sup>.

#### ثانياً: وجوب التوفيق بين نصوص الدستور

#### في إطار تكاملها

٢٥٧- وإذا كان الأصل في نصوص الدستور هو كمالها حقوق الأفراد وحرياتهم، فإن مساس الدستور بها لا يكون إلا بنص خاص فيه يفسر نصيراً ضيقاً. ومن ذلك أن ما تقرر في الدستور للعمال والفلاحين من مقاعد في المجالس التمثيلية لا يقل عن نصفها؛ ومن مصادرة أموال أسرة محمد علي؛ ومن قصر حق اللجوء إلى القاضى الطبيعي على المواطنين. ويتعين بالتالى تأويل نصوص الدستور هذه، بما يوفقها -وكلما كان ذلك ممكناً- مع أحكامه.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ لسنة ٢٥ ق "دستورية" -جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ١٥ -ص ١٤٨ من الجزء للسلاسل.

فالأصل في المواطنين هو تساويهم أمام القانون، فإذا أفرّد الدستور ميزة لبعضهم بما يقدمهم في شأنها على مواطنين آخرين، تعين تحديد المنتهين منها بصورة دقيقة لضمان حصر دائرة تطبيقها في حدود ضيقة.

كذلك فإن ما يقرره الدستور من عدم جواز الطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرارات مجلس قيادة الثورة التي تقضى بمصادرة أموال أسرة محمد علي، يناقض كفالة حق المواطنين في التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، ويخل كذلك بحق أفراد هذه الأسرة على أموالهم التي تلقوها وفقاً للقانون. ولا توفيق بين هذه المصادرة والحقوق التي مستها، إلا من خلال النظر إلى هذه الحصانة باعتبارها تدبيراً استثنائياً يتقيد بمبرراتها، ولا يحوز بالتالي تغليبها على حقوق الملكية التي كسبها أصحابها بطريق مشروع وفقاً للدستور أو للقانون؛ ولا اعتبارها نكالا بأفراد هذه الأسرة من خلال مصادرة تحيط بأموالهم جميعاً، فلا يبقى منها بطنز ما يقولون عليه في معاشهم.

وإنما يتعين أن يكون لهذه الحصانة نطاقها المنطقي في إطار علاقة مفهومة تربطها على الأخص بأهدافها، فلا يكون تسلطها على هذه الأسرة نافياً لوجودها، ولا مهدداً حقها في الحياة، ولا معطلاً جريان حقوق لا صلة لها بأموال يقال بأنها انتهبتها. ويندرج تحتها أموال لا شأن لهذه الأسرة بها، بل تلقاها عن غير طريقها أشخاص ينتمون إليها، أو اكتسبها آخرون لا يعتبرون من أعضائها. وهو ما يعنى موازنة المصادرة التي قررها الدستور في شأن أفراد هذه الأسرة، بحقوق الملكية التي كفلها للمواطنين جميعهم، والتي ينظر إليها عادة بوصفها أحد العناصر المبدئية لصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بنيلها إلا إذا تحرر اقتصادياً من يطلوبها، وكان يوسعهم بالتالي الاستقلال بشؤونهم والمسيطرة عليها<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ ق "دستورية" - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - المساعدة رقم ٩٢ ص ٩١٦ - ٩١٨ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "دستورية" - جلسة ٢٨/٨/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥١ - ص ٧٩٢ - ٧٩٣ من الجزء الثامن. حيث رفضت المحكمة نقض حقوق الملكية الخاصة التي كفلها الدستور والإخلال بحرمتها، بناء على ما ادعاه الطاعنون من قيام المجتمع على أسس التضامن الاجتماعي، ومن تأسيس النظام الاشتراكي للديمقراطي، على الكفاية والعدل.

### ثالثاً: علو نصوص الدستور على ما سواها

#### وامتناع تدرجها فيما بينها

٢٥٨- ويظل الدستور -ولما كان مضمون قواعده- معنياً بالنصوص القانونية جميعها إذا كان مدوناً جامداً، ولو كان رجحياً ولید أفكاراً مذهبية عقيمة هجرها الزمن؛ أو كان قد أقرط فسی الحقوق التي كفلها للدولة في علاقتها بمواطنيها.

ولئن كان الدستور قانوناً بالمفهوم العام لكلمة القانون، إلا أن الدستور يعتبر قانوناً أساسياً يتصدر النصوص القانونية ويتقدمها حتى ما كان منها من طبيعة أمره لا يجوز الاتفاق على خلاتها<sup>(١)</sup>.

ونصوص الدستور هذه، لا تتدرج فيما بينها، حتى لو قبل بتفاوتها في أهميتها.

ذلك أن أهميتها هذه، تقابل دورها في الحياة الاجتماعية. وهي تعمل مع غيرها من نصوص الدستور في إطار منظومة متكاملة تتناغم في قيمها وتوجهاتها؛ وتتعاون في تحقيق الأغراض النهائية المقصودة منها.

وتظل الحماية التي تكفلها لحقوق المواطنين وحرياتهم واحدة في درجتها ومنزلتها، وإمكان اقتضاها.

ولا كذلك النصوص القانونية الأدنى مرتبة من الدستور، إذ تتدرج هذه النصوص فيما بينها، ليعلو بعضها البعض في إطار منظومة هرمية تنقيد فيها كل قاعدة قانونية بتلك التي تعلوها فسی مدارج هذه المنظومة، فلا تخرج عليها بل تعمل في إطارها<sup>(٢)</sup>.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق "مستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٥ - ص ١٤٦ - ١٤٨ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ١٣ لسنة ١١ ق "مستورية" - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٢١ - ص ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - القاعدة رقم ٥١ ص ٧٩١ - ٧٩٢ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق "مستورية" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٢ - ص ١٥٠ - ١٥١ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

وإذا كان الخروج على الدستور، يطرح بالضرورة "مستورية" النصوص القانونية المخالفة لأحكامه؛ فإن مجاوزة غير الدستور من الوثائق القانونية، يستتبع الفصل في مشروعية الخروج عليها.

ولئن صح القول بأن نصوص الدستور لا تتميز قانوناً أو تتفاضل فيما بينها، حتى مع تفاوتها في أهميتها العملية أو قيمتها الواقعية، وأن نصوص الدستور جميعها تنظمها قائمة واحدة في مرتبتها، إلا أن الحقوق والحريات التي كفلها لا تنفصل عن بعضها البعض. ذلك أن كل حق أو حرية يعتبر مدخلاً لغيره، أو موطناً لتقرير وسائل حمايته. وتشدّها إلى بعضها الأغراض النهائية التي تتوخاها. وتتضمن مجالاتها الحيوية تساندها فيما بينها، لتعمل جميعها في إطار لقيم التي يحتضنها الدستور.

ومن ثم لا تتميز نصوص الدستور فيما بينها، ولو قدم الدستور - في الطريقة التي رتبها بها - حقاً أو حرية بذاتها على غيرها<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: للنظر الأشمل لنصوص الدستور

##### هي الطريق لفهمها

٢٥٩- لا يجوز أن يدور الفصل في المسائل الدستورية، حول جوانبها الجزئية، ولا أن يحوم حول أسرارها الخارجية دون نفاذ إلى أعماقها، ولا أن يفصل مقدماتها عن نتائجها، ولا فروعها عن أصولها، ولا أن يعمد إلى تجزئة نصوص الدستور، ولا إلى عزلها عن القيم الكامنة وراءها، أو الأغراض النهائية التي تتعاون على تحقيقها؛ ولا تحليلها بعيداً عن النظرة الأشمل لها على ضوء القضاء المقارن والحقائق التاريخية التي أخرجتها من رحمها.

فإذا استقام لجهة الرقابة على الدستورية فهم خصائص المسائل الدستورية المطروحة عليها، أعانها ذلك على تحديد نطاق الخصومة الدستورية، وحقيقة المطاعن المثار فيها بصورة أدق، ونطاق المصلحة الشخصية التي وجهتها.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ٦ ق "مستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - جريدة رقم ٣٧ - ص ٣٥١ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

وكلما قرر الدستور قاعدة تعتبر أصلاً في المسائل التي تحكمها، كالنص في الدستور على الحق في الحياة وعلى ضمان الحرية الشخصية كأصلين يمنعان كافة القيود غير المبررة على البنين؛ ويرفضان معاملة الشخص بطريقة غير إنسانية؛ أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه؛ فإن فهم هذه الفروع جميعها وإعطاءها دلالتها، يقتضى إرجاعها إلى أصل الحق في الحياة وفي الحرية للشخصية اللذين يحكمانها<sup>(١)</sup>.

كذلك، فإن النظرة الأشمل لنصوص الدستور، هي التي ترد إلى هذه النصوص جميعها، صور العوار المتعلقة بالنصوص القانونية المطعون عليها. ذلك أن تحقق المحكمة الدستورية العليا من وجود صور العوار المدعى بها أو تخلفها يقتضيها أن تسلط عليها نصوص الدستور جميعها، حتى إذا بان لها خلو النصوص المطعون عليها، من كافة مظان عيوبها؛ حررتها من شبهة مخالفة الدستور.

#### خامساً: ما لا يدخل في تقييم دستورية النصوص للقانونية

٢٦٠- تتحصر مخالفة النصوص للقانونية للدستور في صور بذواتها يندرج تحتها:

١- أن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يرتبط بما إذا كان المشرع قد صاغها وفق معيار مرن ضمناً لاتساعها لأوضاع تتباين ظروفها، أم أفرغها في صورة جامدة توحيدا لفروض تطبيقها<sup>(٢)</sup>.

٢- تعدد الوثائق ذات القيمة الدستورية، لا يمنع من ضمها إلى بعضها. ذلك أن اجتماع حقوق المواطنين وحرياتهم في وثيقة واحدة، أو تفرقها بين وثائق متعددة، قد يكون مبرراً بالحقائق التاريخية، أو بغير ذلك من الأوضاع الخاصة التي قارنتها، بما في ذلك الوسائل الفنية لصياغتها.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ٦٦ - ص ٩٦٧ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ - قاعدة رقم ١٢/١٢ - ص ١٧٥ من الجزء الثامن.

ولا شأن بالتالي لهذه الحقائق أو الأوضاع أو الوسائل بمرتبة هذه الوثائق، ولا بوجوب الرجوع إليها، والتوفيق بينها<sup>(١)</sup>.

٣- تخلى السلطان التشريعية أو التنفيذية عن واجباتها أو تفريطها في مسؤوليتها قبل مواطنيها، مؤداة نسلبها من تنظيم بعض الحقوق والحريات التي لا يكتمل الانتفاع بها بغير تدخلها. ويعتبر هذا الانتفاع مخالفا للدستور، ولو قيل بأن مسؤولية تقويم ذلك الامتناع -في كل صوره- مردها إلى هيئة الناخبين.

٤- ما نقضى به المادة ١٩٣ من الدستور من أن يبقى صحيحا وناظرا كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور، لا يتوخى غير مجرد استمرار العمل بنصوصها دون تغييرها مما قد يشوبها من عوار يبطلها، وبما لا يحول دون تعديلها أو إلغائها وفقا للدستور<sup>(٢)</sup>.

٥- لا شأن لدستورية للنصوص القانونية، بالكيفية التي يتم بها تطبيقها، ولا بالصورة التي فهمها بها القائمون على تنفيذها<sup>(٣)</sup>.

٦- ليس لازما لتقرير مخالفة للنصوص القانونية المطعون عليها للدستور، أن تتجه إدارة المشرع إلى الخروج على أحكامه. وإنما يكفي لإبطالها، أن يكون خروجها على الدستور، مبناه خطأ السلطة التشريعية أو التنفيذية في التقدير؛ أو سوء فهمها للدستور؛ بل ولو كان وقوع المشرع في هذه المخالفة قد تم بطريقة عرضية غير مقصودة.

٧- لا شأن للرقابة على الشرعية الدستورية، بالسياسة التشريعية التي استتسبها المشرع لتنظيم أوضاع يواجهها، كلما كان تنفيذها -من خلال النصوص التي أقرها- لا يصادم حكما في الدستور<sup>(٤)</sup>.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٤/٤/٤ -قاعدة رقم ١٦/٢٧- ص ٣٤٤ من الجزء السادس.

(٢) القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية "دستورية عليا" -جلسة ١٩٧١/٣/٦ -قاعدة رقم (١) ص ٣ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة في الدعوى الدستورية.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/٣/٧ -قاعدة رقم ٤/٨٩، ص ٥ من الجزء الثامن.

(٤) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/٣/٧ -قاعدة رقم ٥/٨٨ ص ١٢١٢-١٢١٣ من الجزء الثامن.

٨- للنصوص القانونية بواعثها التي لا يجوز أن تخوض فيها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية. على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن بواعثها هذه كثيرا ما تختلط بالأغراض التي يتوخاها المشرع، لتحدد قدر أو درجة انحرافها عن المصلحة العامة. فلا يكون التحقق في بواعثها تلك، غير دليل إما على سوء استعمال المشرع لمسلطته، أو على تقوده بضوابط مباشرتها.

٩- كذلك فإن احتكام المشرع لحكم العقل فيما يراه تنظيميا تشريعيا موافقا للدستور، قد يناقض للتقدير القضائي لها. فلا يعتد بخير هذا التقدير في تقرير دستوريته.

١٠- يفترض إلغاء المشرع لنصوص قانونية بنواتها، أن تكون أداة إلغائها صحيحة وفقا للدستور. فإذا قام الدليل على بطلانها بقضاء من المحكمة الدستورية العليا، لم يعد لها من أثر في مجال إنهاء العمل بالنصوص القديمة. وإنما تبقى على حالها، وتعامل بافتراض أن تغييرا لم يطرأ عليها<sup>(١)</sup>.

١١- إذا نظم المشرع من جديد الموضوع الذي سبق أن تقررت قواعده بتشريع سابق، اعتبر ذلك إلغاء ضمينا للنصوص القديمة، لتحل محلها للنصوص الجديدة من تاريخ العمل بها. وذلك عملا بنص المادة الثانية من القانون للمدنى. فإذا كانت النصوص القديمة معيبة لمخالفتها للدستور، فإن شوائبها تتعلق بها وحدها، ولا تسحب إلى النصوص الجديدة التي تستقل عنها، والتي أهلها المشرع محلها<sup>(٢)</sup>.

١٢- تتعلق الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بالنصوص القانونية التي قام وجهه لإبطالها بالنظر إلى مخالفتها للدستور. ذلك أن تعيينها لا يفترض ولو لم تقرها السلطة التشريعية أو تصدرها السلطة التنفيذية في الصورة التي يتوقعها المواطنون.

(١) «مستورية عليا» -القضية رقم ٢٨ لسنة ٦ ق «مستورية» -جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٣/١٠٥ - ص ١٣٩٢ من الجزء الثامن.

(٢) «مستورية عليا» -القضية رقم ٤٤ لسنة ١٢ ق «مستورية» -جلسة ١٢/٧/١٩٩١ -قاعدة رقم ٣/١٣ - ص ٧٤ من المجلد الأول من الجزء الثامن.

١٣- لا يجوز التمييز في مجال الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، بين شكلية جوهرية وأخرى ثانوية. ذلك أن الشكلية التي يقتضيها الدستور واحدة في أهميتها ودرجتها، وضرورة النزول عليها.

ويتعين بالتالي إفراغ هذه النصوص في قولها التي فرضها الدستور، وذلك حتى لا تفقد خصائصها كقواعد قانونية تستمد صفتها هذه من قوة الإلزام الكامنة فيها. ذلك أن تجردها من هذه القوة يعدمها، ولو كان مضمونها موافقا للدستور.

ولا كذلك الشكلية التي يتطلبها القانون لاتخاذ إجراء معين. ذلك أن الإجراء ولو كان معييا، ينقلب صحيحا بتحقيق الغاية من الشكلية التي يتطلبها المشرع فيه<sup>(١)</sup>.

١٤- لا يجوز إبطال النصوص القانونية الموافقة للدستور، ولو لم تلزم فيها تقييدها ارتضتها الأمم المتحدة لنفسها. بل ولو كان القانون المقارن يناهض هذه النصوص ويقرر عكسها، أو يفضل عليها غيرها. ذلك أن ما تراه بعض الدول من ثوابتها، يخصها وحدها، ولا شأن لمساواها بها أي أن قدر صوابها. فإذا فارقتها نظم إقليمية، تعين الرجوع إلى الدستور الذي يحكمها دون غيره. بشرط ألا تخل هذه النظم بالحقوق الجوهرية للإنسان.

#### سلاسا: امتناع تقرير بطلان على بطلان

٢٦١- إبطال النصوص القانونية بحكم قضائي، مؤداه زوالها وانتهاء وجودها. ولا يتصور بالتالي تقرير بطلان جديد على شيء صار معدوما. فالمباطل لا يعود.

ولا ينقسم البطلان أو يتجزأ حتى مع تباين أوجه واختلافها فيما بينها.

إن هو بطلان واحد محله النصوص القانونية التي تعلق بها. ولا تميز أوجه أو روافده في نتیجتها، ذلك أن كلا منها يعتبر كافيا بذاته لإبطال النصوص القانونية المطعون عليها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ ق "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢/١٦ - ص ٢٦٦ من الجزء الثامن.

فلا يمتاز بطلان في طبيعته ودرجته وأثره، على بطلان آخر. فإذا اتصل وجهه للبطلان بنص قانوني، فقد هذا النص وجوده، وهمد نبض الحياة للقانونية فيه، ولا يتصور أن يحيا متن جديد لينتقل به بطلان آخر.<sup>(١)</sup>

#### سابعاً: امتناع تفسير الدستور في غير خصومة قضائية

٢٦٢- تباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصها بتفسير الدستور من خلال خصومة قضائية تدخل في ولايتها، وتتصل بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها؛ وبشرط أن يكون إجراء هذا التفسير لازماً للفصل في المسائل التي تطرحها هذه الخصومة. فإذا كان مجرد تفسير الدستور هو موضوع هذه الخصومة، خرج هذا التفسير عن ولايتها.<sup>(٢)</sup>

وتبدو خطورة تفسير الدستور كطلب قائم بذاته، في أن صدور هذا التفسير يقيد ليس فقط المحكمة الدستورية العليا، بل كذلك المحاكم جميعها خاصة وأن صدور هذا التفسير يمنعها من تعديله. ومن فهم الدستور وتطويله على ضوء الأوضاع المتغيرة، بما يناقض حقيقة أن الدستور وثيقة نابضة بالحياة، قابلة للتفسير المرن. ولا كذلك أن يجمد تفسير الدستور عند لحظه زمنية بعينها إذا ران التحجر على فهمه من خلال مقاييس منصرمة.

#### ثامناً: لا افتراض لشرط المصلحة في الخصومة الدستورية

٢٦٣- لا يناقض شرط المصلحة في الخصومة الدستورية، طبيعتها العينية، ولا أوضاع الفصل فيها وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا. ومن ثم يندمج هذا الشرط في نظامها الإجرائية عملاً بالنص المادة ٢٨ من هذا القانون. ذلك أن عينية الخصومة الدستورية، لا تعني أكثر من أن النصوص القانونية المطعون عليها، هي مدار هذه الخصومة أو موضوعها. وأن مقابلتها بنصوص الدستور للتحقق من تطابقها معها أو مخالفتها لها، هو هدفها أو غايتها النهائية.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٤ لسنة ١٤ ق "مستورية" - جلسة ١٩ يولييه ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٤١٧ و ٤١٨ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٢٣ ق "مستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٥ ص ١٤٩ من الجزء السادس. ويلاحظ أن مؤدي عدم جوف تفسير الدستور كطلب قائم بذاته، أن الطلب المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا لتعارض مدعى به بين نصين في الدستور، يخرج عن اختصاصها.

ولكن هذه الخصومة تظل واقعة في نطاق حق التقاضي كوسيلة ارد عدوان على حق أو حرية انتهكتها النصوص القانونية المطعون عليها. ويتعين بالتالى أن يتعلق الإخلال بهذا الحق أو بتلك الحرية بشخص معين، وأن تكون مصلحته الشخصية المباشرة -القائمة أو المحتملة- ظاهرة في رد هذا العدوان.

والقول بأن لكل مواطن صفة مفترضة في اختصام النصوص للقانونية، ومصلحة مفترضة في إهدارها، مردود أولاً: بأن الأصل في الخصومة هو نطقها بمنفعة يقرها القانون. ولا يقر القانون أن يتحول النزاع القضائي إلى نزاع لمصلحة القانون في صورة مجردة. ذلك أن الفائدة العلوية التي يجنيها المدعى من الخصومة الدستورية، هي التي تحررها، وهي دافعها وموجهتها. ومردود ثانياً: بأن استنهاض نصوص الدستور وإزالتها في الخصومة الدستورية، يفترض توافر شروط قبولها. وتدرج الصفة والمصلحة تحتها.

ومردود ثالثاً: بأن افتراض المصلحة في الخصومة الدستورية، يحيلها إلى خصومة أصلية بعدم الدستورية لا صلة للحكم الصادر فيها بنزاع موضوعي قائم. وإنما ينحصر موضوعها في تقرير حكم الدستور مجرداً في شأن المسائل التي تثيرها هذه الخصومة.

وهو ما يعتبر افتقاراً بالرقابة على الشرعية الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد قانون المحكمة الدستورية العليا، ولا غيره من القوانين والدساتير الأجنبية في عموم تطبيقاتها<sup>(١)</sup>.

#### تاسعاً: افتراض دستورية النصوص القانونية

٢٦٤- لا يفترض في النصوص القانونية التي أقرها المشرع أو أصدرها، أنه صاغها لنقض حقوق كلها الدستور لأصحابها أو لحجبها عنهم.

وإذا كان ذلك هو الأصل، إلا أن هذا الافتراض لا يقوم في الأحوال الآتية:

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١ لسنة ١٥ ق "دستورية"- جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٩/٢٤، ١٠ ص ٢٨٤ و ٢٨٥ من الجزء السادس.

أولاً: أن يكون ظاهراً من وجه النصوص القانونية المطعون عليها، مخالفتها للدستور، كذلك التي تقوم على التمييز بين المواطنين بناء على اللون أو بالنظر إلى اختلافهم في العقيدة، أو بناء على معارضتهم المطلقة في توجهاتها، أو لتجريمها أفعالاً لا تقتضى الضرورة الاجتماعية تأنيبها.

ثانيهما: أن يكون النص القانوني المطعون عليه مكوناً من أجزاء متعددة، متداخلة معانيها، منبهمة فواصلها، بحيث تضطرب في الركائز التي تقوم عليها.

ثالثاً: أن تخل النصوص المطعون عليها بحق أو بحرية أساسية كفلها الدستور. إذ يعامل كل عدوان تشريعي جسيم عليها، باعتبارها مشتبهاً فيه؛ ومقتضياً رقابة صارمة أساسها أن تقيّد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة جوهرية قاهرة، وبأقل الوسائل إخلالاً بها.

#### عاشراً: ليس ثمة نصوص توجيهية في الدستور

٢٦٥- ليس في الدستور شأنه في ذلك شأن القانون - ثمة نصوص مجردة من آثارها القانونية، وإلا كان تنويعها في الدستور غير محمول على معنى الإلزام بأحكامها، ومنصرفاً إلى تخيير المشرع بين القبول بها أو إهمالها، حال أن التخيير بين بديلين يفترض تساويهما في القوة أو الأثر. وهو مالا يتصور في نصوص الدستور التي تطو بمنزلتها على ما دونها من النصوص القانونية. وما قصد الدستور بها إلا إخضاع كل سلطة لأحكامها، ليكون تطبيقها فرض عين. فضلاً عن أن القول بالطبيعة التوجيهية لنصوص الدستور، يناقض خصائصها كفواعل أمرة لا يجوز إهمالها أو التخطي عنها<sup>(١)</sup>.

#### حادى عشر: الأصل في السلطة التقديرية هو الإطلاق

٢٦٦- الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخوماً لها لا يجوز اقتحامها.

بما مؤداه أنه فيما خلا القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية والتفديرية فى مجال إقرار أو إصدار النصوص القانونية، فإن لهاتين السلطتين أن تباشرا اختصاصاتهما

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٥ - قاعدة رقم ٥١ - ص ٧٩٣ من الجزء الثامن.

التقديرية بعيدا عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا في شأن الشريعة الدستورية، والتي لا يجوز لها بمقتضاها أن تزن بمعاييرها الذاتية- السياسية التي انتهجها المشرع في موضوع معين؛ ولا أن تناقشها أو تخوض في ملاءمة تطبيقها عملا؛ ولا أن تتحلل للنص المطعون فيه أهدافا غير التي توخاها المشرع؛ ولا أن تكون خياراتها بديلا عن عمل السلطة التشريعية أو التنفيذية اللتين يكفيهما أن يباشرا الولاية التي تختصان بها في الحدود التي بينها الدستور، وأن يستلها في ذلك أغراضا يقتضيها للصالح العام، وأن تكون مسائلهما إلى تحقيق هذه الأغراض، مرتبطة عقلا بها<sup>(١)</sup>.

#### ثاني عشر: بعض ضوابط الفصل في دستورية النصوص القانونية

٢٦٧- لا ينحصر مجال الرقابة على الشرعية الدستورية فيما أخل به المشرع بصورة مباشرة من الحقوق التي كفلها الدستور، ولكنها تتناول كذلك ما أهدره ضمنا من هذه الحقوق، ولو كان إنكارها أو تقييدها قد وقع عرضا.

ذلك أن الرقابة القضائية لهذه النصوص، لا تواجه غير الأكثر القانونية التي رتبها في حق المخاطبين بها. ولا شأن لها بنوايا المشرع وخواطره التي يتعذر نقصها في أعضاء السلطة التشريعية جميعهم، أو للتكامل على توطنهم إضرارا بالمخاطبين بالنصوص القانونية التي أقرتها.

وحتى بافتراض توافق أعضاء السلطة التشريعية على تطبيق الدستور، وخروجهم عملا على أحكامه، فإن نواياهم السليمة لا ترفع عن النصوص التي أقرتها، عوار بطلانها. فلا يكون تقرير هذا البطلان غير جزاء يصيبها بقصد إنهاء العمل بها حتى لا يتحمل أوزارها من أخضعتم هذه النصوص لأحكامها<sup>(٢)</sup>.

ويتعين أن يكون سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها وانحرافها عن أهدافها، وشاها بتبكيها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستئثارها بالتالي وراء سلطتها في تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها.

(١) "دستورية عليا"-القضية رقم ٣ لسنة ١٦ ق "دستورية"- جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٣٦ -ص ٥٢٩ من الجزء السادس.

(٢) "دستورية عليا"-القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"- جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٧ -ص ٢٢٩ من الجزء السادس.

ومن ثم كان سوء استعمالها للملطة عيباً قسدياً، وطعناً احتياطياً، لا يقوم الدليل عليه بالظن والتخيل. بل من عيوب الأوراق ذاتها التي تنصح عنها مضابط أعمالها وغيرها من الوثائق ذات الصلة التي يطمئن إليها.

#### ٢٦٨- ويلاحظ كذلك ما يأتي:

١. لا يؤخذ برجعية النصوص القانونية -وهي محظورة في المواد الجنائية- إلا إذا قام الدليل على أن أغلبية أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم -لا أغلبية الحاضرين منهم- قد أقرّوا برجعية هذه النصوص، بعد وقفهم على حقيقتها، والآثار التي ترتبها، والدائرة التي تعمل فيها، فلا يكون قبولهم بالآثر الرجعي مظلوناً، بل ثابتاً على وجه قطعي (١).

٢. أحكام الدستور التي تتضمن إلى بعضها في تقييم دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ يتعين إزالتها في مجموعها على هذه النصوص. ومن ثم تستهض النصوص القانونية المدعى إغلاها بالحق في التقاضي، كل ضمانة يقتضيها الدستور للفصل في الحقوق بطريقة منصفة، بما في ذلك ضمانة الدفاع؛ وحق الناس جميعهم في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي؛ وبأن تكون العدالة مفتوحة أبوابها للقادرين والمعوّزين؛ وبأن يتوافر لكل متهم بجرمة، الحد الأدنى من الحقوق التي يتوزن بها موقفه مع الأسلحة التي تملكها سلطة الاتهام في مواجهته.

٣. لأن كان المشرع أن يعدل من الحقوق التي يكفلها أو يلغيها، إلا أن شرط ذلك ألا يكون لإسقاطها أو لتحويلها، من أثر على حقوق نص عليها الدستور أو كفلها. فضمانة رد القضاء من عناصر حيديتهم التي تتعامل في أميتها ووزنها مع استقلالهم. فإذا أخل المشرع من خلال تنظيمه للحق في رد القضاء، بضمانة الحيدة التي تحيط بهم، كان مخالفاً للدستور.

٤. كلما كان تنظيم المشرع لأحد الحقوق، سواء في ذلك تلك التي كفلها أو التي نص للدستور عليها؛ غير مكتمل العناصر بما يجعل هذا التنظيم في غير الصورة التي تكفل فعاليتها مباشرة هذا الحق، فإن إغفال تقرير العناصر التي يبلغ بها مداه، وتحقق من خلالها حيويته، يكون مخالفاً للدستور.

(١) "دستورية عليا" -القيضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ ق "دستورية"- جلسة ٢ فبراير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٢/٧٧ -ص- ١٠٩٩ من الجزء الثامن.

٥. تنطبق القواعد القانونية الإجرائية بمراكز قانونية تقبل طبيعتها للتعديل والتغيير. ومن ثم كان الأصل هو سريانها بأثر مباشر في شأن المعاملات التي تناولتها. ولا يجوز أن يقال عندئذ بأن سريانها المباشر منطوق على رجعية ضمنية<sup>(١)</sup>.

٦. للخاصين آلية قاعدة قانونية، حق الطعن عليها لمخالفتها للدستور، ولو قدم هذا الطعن بعد إلغائها، إذا كان جريان آثار هذه القاعدة في شأنهم بعد تطبيقها عليهم، قد ألحق بهم ضرراً. ذلك إن الأصل في القاعدة القانونية، هو سريانها على ما يقع من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها. فإذا أبطلها المشرع بقاعدة جديدة، لم يعد للقاعدة القديمة من وجود من وقت إلغائها. وصار لازماً إعمال القاعدة الجديدة اعتباراً من تاريخ سريانها. وبذلك يتحدد لكل من هاتين القاعدتين زمن تطبيقها. فما نشأ مكتملاً من المراكز القانونية منتجا لآثاره خلال فترة نفاذ القاعدة القانونية القديمة، يظل محكوماً بها وحدها<sup>(٢)</sup>.

٢٦٩- بيد أن قضاء المحكمة الدستورية العليا دل كذلك، على أن إلغاء النص المطعون فيه بأثر رجعي، مما تزول به المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية<sup>(٣)</sup>.

وقضاءها في ذلك محل نظر من جهتين:

أولاهما: أن الإلغاء المجرّد للنصوص القانونية -ولو بأثر رجعي- لا يفيد بالضرورة أنها لم تحدث آثاراً قانونية في محيط العلائق القانونية قبل إلغائها.

ويتعين بالتالي حتى يجوز القول بانتفاء المصلحة الشخصية المباشرة في النصوص القانونية التي ألغاهها المشرع بأثر رجعي، أن يقتصر إلغاؤها بتسوية كافة الآثار القانونية التي أحدثتها، والتي أضير منها المخاطبون بالنصوص القانونية قبل إلغائها.

(١) الحكم السابق ص ١١٠١. وهو ما أكتفه المادة الأولى من قانون المرافعات المدنية والتجارية بصياغة على سريان أحكام هذا القانون على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى، أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها. لا استثناء من ذلك إلا بالنسبة إلى القوانين التي تحل ميعداً كان قد بدأ قبل تاريخ العمل بها؛ أو التي تكون مشتقة أو منخبة لطريق طعن في شأن حكم صدر قبل نفاذها، أو إذا كان من شأنها تعديل اختصاص قلم، وكان العمل بها قد بدأ بعد قتل باب المرافعة في الدعوى بما يدل على استواء الخصومة للفصل في موضوعها.

(٢) "دستورية عليا" -الضحية رقم ٦٥ لسنة ١٧ ق "دستورية" -جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦/٢٤ ص ٣٧٢ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٢١٩ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" -جلسة ١/٨/١٩٩٩ -قاعدة رقم ٤٣ ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

**ثانيهما: أن إلغاء النصوص القانونية سواء تم بأثر رجعي أو بأثر مباشر - يفترض وجود هذه النصوص قانوناً حتى يتطرق الإلغاء بها. فإن كان بطلانها متأثراً من مخالفتها للدستور - كما لو أصدر رئيس الجمهورية قراراً بفرض ضريبة عامة- فإن هذه النصوص تعتبر معدومة منذ صدورهما. ولا يتصور بالتالي أن يتعلق بها إلغاء تشريعي -ولو بأثر رجعي- بالنظر إلى انعدام محله.**

\* كل قاعدة قانونية لا تنشر، لا يقارنها بإخطار بحقيقتها، ولا بشروط تطبيقها. فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبرها الدستور شرطاً لجواز التدخل بها لتنظيم حقوق الأفراد وحررياتهم على اختلافها. ومثل هذه القاعدة لا نفاذ لها، لا هي ولا للقاعدة القانونية التي تم نشرها، ولم يبدأ بعد ميعاد سريانها. فلا يكون حمل الأفراد على الرضوخ لها -هم من الأغيار في مجال تطبيقها- إلا خروجاً على مبدأ الخضوع للقانون المنصوص عليه في المادة ٦٥ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وكما كان فرض القاعدة القانونية ولما قبل نفاذها، أخل سرياتها في شأن المخاطبين بها، بالحقوق والمراكز القانونية التي مستها، فلا يكون رد اللجوء عنها، عملاً مخالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

\* مناط دستورية المزالي التي يكفلها المشرع لفريق من الناس دون آخر، اختلافهم في المراكز القانونية عن بعضهم البعض. ذلك أن تساويهم فيها، مؤداه أن يكون التمييز بينهم تحكماً، ومخالفاً للدستور بالتالي<sup>(٣)</sup>.

(١) دستورية عليا -ال قضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ ق 'دستورية'- جلسة ٣ يناير ١٩٨٨ -قاعدة رقم ٧٣ -ص ١٠٦٢، من الجزء الثامن.

(٢) دستورية عليا -ال قضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ ق 'دستورية'- جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٤٠/٧٣، ٥، ٦ -ص ١٠٥٨، من الجزء الثامن.

(٣) تقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ١٩٨٩/٤/٢٩ في القضية رقم ٢١ لسنة ٧ قضائية دستورية والمنشور في ص ٢١٨ وما بعدها من الجزء الرابع، بأن سلطة المشرع في تنظيم الحقوق لا تعيق عليها ما دام الحكم التشريعي الذي قرره قد صدرت به قاعدة عامة مجردة لا تنطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية، ولا تهر نصاً في النصوص. فإذا كان المشرع قد توخى بالزيادة في الأجرة التي فرضها، المحافظة على المباني القديمة المؤجرة لغير أغراض السكنى باعتبارها ثروة قومية، ولتعويض ملاكها عن انخفاض أجزائها مع توفير مصدر لتمويل ترميمها وصيقلتها، فإن معاملة الأماكن المستعملة في أغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجاري أو الصناعي أو المهن الخاضعة للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو الضريبة على أرباح المهن غير التجارية، معاملة المباني المؤجرة لأغراض السكنى، وإعفاؤها بالتالي من الزيادة في الأجرة، رغم تحقق مناطها، يكون مخالفاً للدستور.

\* تحمل النصوص القانونية التي دل المشرع بعموم عباراتها على انتفاء تخصيصها، على انصاعها لكل ما يندرج في مفهومها. ذلك إن عموم عبارة النص، تغد استقرافها لكل أفرادها، واشتمالها بالتالي على المخاطبين بها كافة، فلا تختص فئة من بينهم بحكمها<sup>(١)</sup>.

\* لا يخصص النص العام بغير دليل. كذلك فإن كل تنظيم خاص يعامل باقتراض انصرافه إلى المسائل التي تعلق بها وحدها، فلا يجوز إسنادها لغيرها، ولا أن يقاس عليه وقد وضع على سبيل الانفراد<sup>(٢)</sup>.

### ثالث عشر: جواز تحديد غير المباشر للمسائل المثارة في الخصومة الدستورية بطريق غير مباشر

٢٧٠- تعتمد معظم الأحكام القضائية في تأسيسها على الأدلة غير المباشرة كالقرائن الظرفية. وكثيراً ما تستخلص المحاكم من واقعة حقتها، الدليل على واقعة تجهلها.

والمسائل الدستورية في ذلك، شأنها شأن عناصر النزاع التي تحققها المحكمة، قلما يكون الدليل عليها مباشراً.

ذلك أن المحكمة تعمل نظرها في كل واقعة مطروحة عليها، وتصل أجزائها ببعضها مسن خلال عملية عقلية تكفل الحد الأدنى لامتثالها. فلا تأخذ في اعتبارها بغير الخطوط الرئيسية التي تجمعها، تاركة وراءها بعض مظاهر التعارض التي قد تلاعبها.

ومن خلال هذه العملية العقلية، لا يكون نظرها في عناصر النزاع غير نفاذ إلى جوهرها على ضوء ما قصده المدعى حقاً بدعواه.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ ق "دستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٢/٨٣ -  
س- ١٥٦ من الجزء الثامن، والقضية رقم ١٧ لسنة ١٤ ق "دستورية" - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - قاعدة  
رقم ٥/٣٢ - س- ٤٤٧ من الجزء السادس، والقضية رقم ٦٥ لسنة ٤ ق "دستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ -  
قاعدة رقم ٣/٣٤ - س- ٣١١ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) طلب التصدير رقم ١ لسنة ١٣ قضائية "تصدير" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١ - س- ٣٩٢ من المجلد  
الأول من الجزء الخامس.

فلا يؤخذ بعبارة شاردة ضمنها صحتها، ولا بكلمة لم يزنها ويقدرها حق قدرها. وإنما هي دعواه في حقيقة ملاحظها، وصادق أغراضها، تستجليها للمحكمة وتستصفيها، فلا يكون وقوفها عندها، غير فهم منها حقيقة النزاع المطروح عليها.

وتلتزم المحكمة الدستورية العليا، شأنها في ذلك شأن كل هيئة قضائية، بضوابط التفسير القضائي هذه. إذ هي نقطة البداية التي تعينها على إدراك نطاق الخصومة الدستورية المعروضة عليها، فلا تضل الطريق إلى دخالها، ولا تقنع بالصيغة التي أفرغها المدعى فيها.

وإنما هي حقيقتها التي تتحررها، ومقاصدها التي تخوض في بحثها، وأبعادها التي تستقرها، مستعينة في ذلك بالتحليل المنطقي الذي يربط ما تفرق من أجزائها، ويشد بعضها إلى بعض بقدر تماسكها وإفضائها إلى صحيح بنيانها.

وهذه النظرة الكلية لضوابط التفسير القضائي، هي التي توليها المحكمة الدستورية العليا اعتبارها عند الفصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها. ذلك أن تعيينها بطريق مباشر ليس شرطاً لتحديد.

ولئن كان قانون المحكمة الدستورية العليا قد نص في المادة ٣٠ على أن يبين المدعى في الخصومة الدستورية ماهية المخالفة الدستورية التي ينسبها إلى النصوص القانونية المطعون عليها، ووجه تعارضها مع الدستور؛ إلا أن ما نراه في شأن تفسير هذه المادة، هو أن ينظر إليها من ناحيتين:

أولهما: أن الخصومة الدستورية تقوم على ادعاء بمخالفة نص قانوني للدستور.

ويفترض ذلك أن يعين المدعى هذه النصوص، وأن يبين كذلك ماهية المخالفة الدستورية التي نسبها إليها حتى تحققها المحكمة الدستورية العليا.

فإذا سها المدعى عن بيان هذه المخالفة، تعين عليها أن تقابل النصوص المطعون عليها بأحكام الدستور، وقوفاً من جانبها على نطاق التعارض بين نصين يختلفان في مرتبتهما حتى تستظهر نطاق الفجوة بينهما. ذلك أن تصادم نصين في دائرة التقابل بينهما، يحدد قدر توافقهما أو تخالفهما، فإذا طعن المدعى في دعواه الدستورية على الفوائد الربوية التي فرضها المشرع،

وأغل بيان نص الدستور الذى حرمها، تعين حمل مقاصده من دعواه هذه، على مخالفة فرضها لنص المادة الثانية من الدستور. وقد لا يهمل المدعى بيان المخالفة الدستورية، ولكنه يعينها بطريقة لا توضحها بصورة كافية.

وعلى المحكمة الدستورية العليا -من باب أولى- أن تستعين عندئذ على فهمها بضوابط التفسير القضائى. فالنمى على ضريبة ما إخلالها بالمقدرة التكاليفية للمول ومساواتها فى عبئها بين القادرين والمعوزين، يدل على أن ما توخاه المدعى بدعواه الدستورية، هو اتهام هذه الضريبة بالإخلال بضوابط العدالة الاجتماعية التى تعتبر أساس كل الأعباء المالية التى تقتضيها الدولة ممن تكلفهم بأدائها وفق نص المادة ٣٨ من الدستور.

بما مؤداه أنه سواء أعمل المدعى بيان المخالفة الدستورية، أو حدها بطريقة غير كافية، فإن طرائق التفسير للقضائى، قد تجلّوها وتبين حقيقتها.

ثانيتهما: أن نص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، لا يلزم المدعى فقط ببيان نوع المخالفة الدستورية التى نسبها إلى النصوص المطعون عليها والتي قال بتزديدها فيها؛ ولكنه يكلفه كذلك بيان وجهها. وليس ذلك إلا تكليفاً للنسب بما لا يطبقون؛ وهو كذلك إغراق فى شكلية لا محل لها. ذلك أن تحديد وجه المخالفة الدستورية لا يتصل بنوعها، وإنما ببيان نطاق التعارض بين النصوص المطعون عليها والدستور. وفى ذلك خروج على حقيقة الرقابة التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا فى شأن المماثل الدستورية التى تثيرها الخصومة الدستورية، ذلك أن هذه المحكمة لا تنقيد لا بنوع ولا بوجه المخالفة الدستورية التى نسبها المدعى فى الخصومة الدستورية، إلى النصوص القانونية المطعون عليها. ومرد ذلك أنها لا تقابل هذه النصوص بأجزاء من الدستور دون غيرها، وإنما هى نظرة شاملة تتعمق بها تلك النصوص لتسلط عليها الدستور فى تمام أحكامه، وترابط أجزائه، واتصال أغراضه، وتضافر القيم التى يحتضنها.

وتلك هى الوحدة العضوية للدستور التى يكون بها كلا غير منقسم. وعلى ضوءها تحدد المحكمة الدستورية العليا بنفسها، حقيقة أوجه العوار فى النصوص القانونية المطعون عليها،

بغض النظر عن الصورة التي رسمها المدعى في الخصومة الدستورية لها، أو التي أعمل بيان ملاحظتها أو حتى شوهدا<sup>(١)</sup>.

رابع عشر: يتعين الحكم ببطالان النصوص المخالفة للدستور،  
ولو كان إعمال أثره يقتضى تدخلًا تشريعيًا

٢٧١- يتعين الحكم ببطالان النصوص القانونية المخالفة للدستور، ولو كان أعمال أثر هذا الحكم يقتضى تدخلًا تشريعيًا<sup>(٢)</sup>. ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص معين، يفيد بالضرورة تحقق عوار فيه. ويتعين بالتالي أن تتدخل السلطة التشريعية، بوسائلها وأواتها -كلما كان ذلك ضروريًا- لتنفيذ قضاء المحكمة الدستورية العليا<sup>(٣)</sup>.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ١١/١٢/١٩٩٧- قاعدة رقم ٦/٦٨ ص- ٩٧٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "قضائية"- جلسة ٨/٥/١٩٩٥- قاعدة رقم ٧ ص- ١٢٧ من الجزء السابع. ففي هذه القضية كان نص المادة (٥٠) من قانون حماية للقيم من العيب، لا يجيز الطعن في الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا النص بما يفتح طريق الطعن فيه من خلال تدخل تشريعي يحدد الجهة القضائية التي تفصل في هذا الطعن، وكذلك كيفية تشكيلها.

(٣) القضية رقم ٤٨ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" جلسة ١١/٦/١٩٩٩- قاعدة رقم ٤٨ ص- ٣٩٩ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

### الفصل الثاني عشر

#### الرقابة القضائية على الدستورية، وأشكال الصراع في الدولة

#### المبحث الأول

#### صور الصراع على السلطة والحقوق

٢٧٢- وكلما احتكم الجدل السياسي لدخل الدولة، أو اتخذ النزاع بين أفرادها شكل صراع معها حول حقوقهم وحرياتهم وقدر ضماناتها لها، فإن وجود جهة للرقابة على الدستورية يؤدي بتحول هذا الصراع من طبيعته السياسية، إلى حلول قانونية توفرها هذه الجهة لأطرافه، فلا يتحول غضبهم من الدولة إلى الثورة عليها، بل تتوسط جهة الرقابة على الدستورية بينهم وبينها Tiers médiateurs وتعيد بنفسها صياغة المسائل المتنازع عليها، وتحيل ملاحظاتها المختلفة إلى نقاط قانونية تحيط بها، فلا يكون للحكم الصادر فيها إلا منهيًا لتوتر قائم.

فالنزاع السياسي حول التأميم بين أنصار تدخل الدولة ودعاة الرأسمالية المتحررة من القيود، تفضه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من خلال إحالتها إلى نصوص الدستور التي تحكم هذا الموضوع، وتوفيقها بينها قدر الإمكان، وبيانها للحدود التي يكون فيها التعويض عين التأميم عادلاً<sup>(١)</sup>.

وقد بدور النزاع كذلك حول حدود السيادة الوطنية، وجواز تقييدها من خلال معاهدة دولية.

وقد يتخذ النزاع أبعاداً مختلفة في مسائل متفرقة، كذلك المتعلقة بتصفية القطاع العام، أو بنطاق حرية الأفراد في النفاذ إلى وسائل الاتصال على اختلافها؛ أو بالكيفية التي يتم فيها

(١) بمجرد أن أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قراره في ١٦ يناير ١٩٨٢ بدستورية التأميم حتى أطن المستشار الخاص لرئيس الجمهورية Jacques Aitali أن قرار المجلس بمطالبة التأميم للدستور، قد أنهى الجدل الزائف للمعارضة حول دستوريته، وهو الجدل الذي أثارته أثناء الحملة الانتخابية الرئاسية Le Monde du 19 Janvier 1982.

الاقتراع العام المباشر لاختيار أعضاء السلطة التشريعية؛ أو بالمعايير التي يحدد على ضوءها من يعتبر لاجئاً سياسياً وفقاً للدستور.

ويظل التساؤل قائماً حول ما إذا كان للحياة السياسية قوانينها الخاصة، أم أن القانون العام هو الذي يحكمها.

وربما نلاحظ بقدر كبير من الدهشة، أن الذين يديرون الحياة السياسية ويحكمون قبضتهم عليها، أو على الأقل يوجهونها وفق مصالحهم، كثيراً ما يؤسسون نزاعهم مع خصوصهم على قواعد من الدستور، ويطلبون تطبيقها لفض خلافهم.

وإذا عرّضون أمر هذا النزاع على جهة الرقابة على الدستورية -سواء تعلق بحق المرأة في إجهاض نفسها أو بتحويل القطاع العام إلى خاص، أو بحق رئيس الجمهورية في العفو عن الجريمة أو عيوبتها، أو بجواز التأميم، أو بما إذا كان الدخول في معاهدة دولية يخل بحقوق الميادة الوطنية- فإن جهة الرقابة القضائية -المحايدة في تشكيلها وفي طبيعة وظيفتها القضائية- تحيل صور النزاع هذه -جميعها من طبيعة سياسية- إلى مشكلة قانونية بمعضلاتها ومفرداتها، وطرق مناقشتها، وأسلوب حلها.

فلا يركن رجال السياسة، الذين يؤيدون موقفاً أو يعارضونه، إلى الوسائل السياسية لفض ما شجر بينهم من نزاع. ذلك أن هذه الوسائل تكتنفها محاذير الصراع، وعوامل التفرق والتشاحر والمناورة، وتعميق مناطق النفوذ، وتقسام الخائيم. ولا كذلك جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تعمل على التوسط بين الفرقاء، وتقرير حلول توفيقية في المسائل المتنازع عليها من خلال مفاهيم قانونية تحيط بعناصرها، وتتحول بها الرؤية السياسية إلى لغة ورؤية قانونية، لها أثرها على الطريقة التي يوجه بها الطاعنون خطابهم إلى الجهة القضائية التي تتولى الرقابة على الدستورية. فهم لا يخطبونها إلا وفق الأوضاع، وفي نطاق الأجل المنصوص عليها في قانونها. ويدبرون بالجمع القانونية، جدلهم حول المسائل التي يختلفون عليها، بما في ذلك بيان أوجه مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور، وكذلك تحديد نوع الحقوق التي أخلت بها النصوص القانونية، ونطاق هذا الإخلال ومداها.

فإذا فرغ الخصوم من عرض نزاعهم على جهة الرقابة على الدستورية، وكذلك من بيان حججهم التي يقدمونها لتليده؛ كان على هذه الجهة أن تفصل فيه بمقاييس موضوعية لا شخصية. وقد تطرح هذه الجهة حلولها لهذا النزاع في شكل مبادئ قانونية لا ينحصر تطبيقها في الحالة المعروضة عليها. وهو ما يكفل لجهة الرقابة القضائية حيويتها، واتساع نطاق اجتهداتها، وإن ظل واجبا عليها أن تواجه القانون المطروح عليها، لتفصل بصفة نهائية في دستوريته، فلا يبقى النزاع بعد هذا الفصل قائما، ليظهر الحكم الصادر عنها، باعتباره نتاج حوار بالوسائل القانونية انحصم على مقتضى القواعد الدستورية ذات الصلة، وصار عنوان الحقيقة القضائية التي قررها، والتي ينطفيء بها كل جدل حول دستورية هذه النصوص، ولو لم يرض عن حكمها في النزاع كثيرون من الغاضبين<sup>(١)</sup>.

ولا شبهة في أن انتقال النزاع من طبيعته السياسية إلى الصورة القضائية لتسلي آل إليها، عزز دور جهة الرقابة على الدستورية، وزاد من أهميتها ونفوذها؛ ومن تأسيسها لمطلتها على دعائم من الدستور؛ ومن إنهاؤها بالوسائل القانونية للنزاع سياسي احتكم في بلدها.

بل إن قدرتها على حل هذا النزاع على ضوء مفاهيم قانونية، أعانها على تطوير اختصاصاتها، وحمل المتكادرون من رجال السياسة على اللجوء لرجال القانون يطلبون منهم العون في الدفاع عن مواقفهم السياسية من خلال ما يظاهرها من نصوص الدستور. وقد يطلبون مشورتهم قبل الطعن في النصوص القانونية التي يرونها مخالفة للدستور تحريا لوجه الخطأ أو الصواب في موقفهم السياسي قبل أن يتحول إلى صراع من طبيعة قانونية<sup>(٢)</sup>.

وكان منطقيا أن تؤثر جهة الرقابة القضائية في كافة أشكال الحوار السياسي، وأن تعيد تشكيلها من منظور الحقائق القانونية التي تتصل بها، وأن تفصل فيها على ضوء مفاهيم وقيم

(١) بعد أن أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قضاءه بجواز التلميم من زاوية دستورية قرر المستشار الخاص لرئيس الجمهورية Jacques Attali أن كل ما أثير من جدل زائف أثناء الحملة الرئاسية حول مشروعية التلميم، صار منتفيا.

(٢) ونبيل ذلك أن الأساتذة Drago و Delvolvé و Loussouran صاغوا المعارضة رأيا استثنائيا في موضوع عدم دستورية قوانين التلميم. وقدم الأساتذة Robert و Luchaire وجهة نظر تدعم موقف الحكومة من هذا الموضوع.

المستور، كذلك التي تتعلق بضوابط التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية؛ وبحق المواطنين جميعهم في ضمان تساويهم أمام القانون؛ وبما يكفل تكافؤ فرصهم في الإدلاء بأصواتهم في الحملة الانتخابية؛ وحظر تشويهها أو تحريفها عن وجهتها من خلال عملية تقسيم الدوائر الانتخابية. ويندرج تحت القيم التي يكفل الدستور صونها وتبسطها جهة الرقابة لحل النزاع بين الفرقاء السياسيين، تلك التي تتعلق بأن صون وجود الدولة مقدم على ضمانها لحقوق الأفراد وحرياتهم، وأن استقلالها وتكامل إقليمها ضمانتان تؤمن من خلالها كل حق أو حرية يكفلها الدستور. وقد يدخل رئيس الجمهورية في صراع مع خصومه حول حدود ولاية السلطة التشريعية وضوابط للفصل بين ولايتها واختصاص السلطة التنفيذية، أو حول حدود السيادة الوطنية التي يتولى حراسها. وجميعها نقاط قانونية يتحول إليها صراع كان أصلاً من طبيعة سياسية<sup>(١)</sup>.

وقد يعتمد رئيس الجمهورية إلى التعاون مع الأغلبية البرلمانية التي تعارض توجهاته الاشتراكية وتعمل على تقييدها، لا بالرضوخ لها، وإنما من خلال مفاهيم قانونية يؤسسها على نصوص الدستور التي تكفل بقاء الدولة واستمرار وجودها *La continuité de L'Etat* وتحدد كيفية مباشرتها لسلطاتها.

ونشأ بذلك اتجاه يتصاعد يوماً بعد يوم، مؤداه لتحكام الفرقاء السياسيين إلى الدستور لحصل خلافاتهم، وإلى جهة الرقابة على الدستورية لفضها. بل إن لجوء المعارضة إليها قد يكون جزءاً من استراتيجية شاملة غايتها أن تنزل الهزيمة بالسياسة التشريعية للحكومة بما يكفل لها تحقيق كثير من المزايا لصالحها؛ أهمها إقناع الناخبين بصواب موقفها؛ وتعويقها العملية التشريعية أو إرجاؤها حتى تعمل الأغلبية البرلمانية من أجل تحقيق قدر أكبر من التفاهم معها حول الصيغة النهائية لمشروع القانون، بما يكفل نزول هذه الأغلبية عن بعض مواقفها، واقتربها من المعارضة في توجهاتها قدر الإمكان.

(١) كان النزاع قد ثار بين الرئيس الفرنسي ميتران والأغلبية البرلمانية المخالفة لتوجهاته الاشتراكية. فقد رفض رئيس الجمهورية التوقيع على الأوامر المتعلقة بالخصخصة على أساس أنها تمس الاستقلال القومي الذي يعتبر هو حراسه له (*Le Monde* du 16 Juil. 1986) ولتمتع كذلك عن توقيع الأوامر المتعلقة بتقسيم الدوائر الانتخابية على أساس أن هذا التقسيم يدخل في اختصاص رئيس الجمهورية (*Le Monde* du 4 oct 1986) وسانده بعض الفقهاء (Jacques Rohert) في هذا الرفض (*Le Monde* 18 avril, 1986).

وقد تنهم الأغلبية البرلمانية المعارضين لها بأنهم يعملون من أجل إحراجها والنفاع عن مصالحهم الضيقة التي توجهها عوامل سياسية تقوم على المناورة، ولا تنضم بالجدية.

وقد تدعو الأغلبية المعارضة إلى أن تحتمل في نزاعها معها إلى جهة الرقابة على الدستورية. وقد تعرض الأغلبية بنفسها على هذه الجهة القانون الذي خرج من رحمها لتنتها في مطابقتها للدستور.

وعلى هذا النحو تتبادل الأغلبية والمعارضة مواقعهما في عرض القوانين المدعى مخالفتها للدستور على جهة الرقابة على الدستورية. ويكاد أن يصبح احتكامهما إليها أسلوباً ثابتاً بحيثيل الصراع السياسي وصوره الإيديولوجية، أو الأطماع التي يتستر وراءها، إلى نقاط قانونية تحكمها الأفاق العريضة للدستور. وهو ما يتحقق على الأخص إذا تعذر على رئيس الجمهورية -الحائز على ثقة المواطنين- للتوفيق بين توجهاته واتجاه الأغلبية البرلمانية الحائزة كذلك على ثقة مواطنيها، بما يعجز الفريقين عن التعاون المستمر، فلا يكون أمام رئيس الجمهورية -وهو ليس من حزب الأغلبية البرلمانية- إلا أن يلجأ إلى الطريقة المنطقية والعملية الوحيدة التي تكفل مصالح المواطنين في مجموعهم. وذلك بالرجوع إلى الدستور، كل للدستور، ولا شيء غير الدستور.<sup>(١)</sup>

A la question de la coïncidence des majorités présidentielle et parlementaire, la seule réponse, la seule possible, la seule raisonnable, la seule conforme aux intérêts de la Nation: la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution.

ولأن الدستور الفرنسي مصدر الحقوق التي يكفلها، فقد اعتز رئيس مجلس الوزراء الفرنسي عن أن يعرض على البرلمان مشروع قانون يخلو غير المواطنين حق الاقتراع على أساس أن هذا القانون وإن كان مرغوباً فيه من الناحية السياسية، إلا أن الدستور قصر حق الاقتراع على المواطنين.

(١) انظر في ذلك خطاب رئيس الجمهورية الفرنسي الذي وجهه إلى البرلمان في ٨ إبريل ١٩٨٦.

### المبحث الثاني

#### مزايا تحويل النزاع السياسى إلى نزاع قانونى

٢٧٣- وإذ تفصل جهة الرقابة القضائية على الدستورية في دستورية القانون المعروض عليها سواء من قبل المعارضة أو من الأغلبية البرلمانية، فإن قرارها بعدم دستورية هذا القانون، مؤداة تعديل الاتجاه السياسى لهذه الأغلبية.

ومن ذلك أن الأغلبية قد تؤيد قانونا يكفل احتكار قلائل لوسائل الإعلام. فإذا قضى بعدم دستورية هذا القانون، كان على الأغلبية أن تقتزع على قانون آخر ينهض هذا النوع من الاحتكار، ولو قيل بأن القلة التى تسيطر عليها وسائل الإعلام، أقدر على تطويرها<sup>(١)</sup>.

بل إن الأغلبية -وبالنظر إلى تخوفها من لجوء المعارضة إلى جهة الرقابة على الدستورية- عادة ما تأخذ في اعتبارها -فيما تفره من القوانين- بالقواعد التى أرستها هذه الجهة وكذلك بمبادئها ذات الطبيعة الدستورية.

وقواعدها ومبادئها تلك، هى التى تحكم الأغلبية البرلمانية فى مناقشاتها وتوجهها الوجهة الأكثر اقترابا من الدستور. وهى التى تطرحها المعارضة كذلك بقصد حمل الأغلبية على التقيد بحكم الدستور، لتتصر الأفاق السياسية عن الجدل القائم، وتحل محلها مفاهيم قانونية حتى داخل السلطة التشريعية ذاتها<sup>(٢)</sup>. وهذا الدور الوقائى للجهة القضائية على القرار السياسى، يبلور صورة من صور التقيد الذاتى للعملية التشريعية Une autolimitation du législateur سواء فيما يتعلق بالمضمون الإصلاحي لهذه العملية، أو بالتقيد الذى يقوم عليها هذا الإصلاح.

ومن أجل ذلك تخلى اليمين فى فرنسا عن مشروع لتحويل السجون إلى قطاع خاص، La privatization des prisons. وتخلى اليسار عن مشروع لتحقيق اللامركزية الإدارية. كل من منطلق تخوفه من أن تقرر جهة الرقابة بطلان مشروع القانون الخاص بها. وقد دل تخوفهم هذا على الدور المتصاعد لهذه الجهة، وتزايد أحكامها فى عمقها وكماها، بما يعيد الطبقة السياسية إلى

(١) I. C.C. 86- 217 D.C., 19 septembre 1987, R.P. 141.

(٢) C.C. 85- 197 D.C. 23 août 1985, R.p. 70; C.C. 89- 271 D.C., 11 Janvier 1990, R.P. 21; C.C. 83- 165 D.C., 20 Janvier 1984, R.P. 30.

صحيح توجهاتها. واليوم فإن ما يوزق للقائمين بالعملية التشريعية، هو ضمان أن تظل القوانين التي يقرونها من شوايتها الدستورية. وكان سعيهم بالتالي تحقيقاً من أجل العمل على تنقيتها من مطالبها هذه، باذلين كل جهد سواء في مجال إعدادها أو تعديلها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن الخضوع للقانون، صار قاعدة لا يجوز تحريفها؛ يلتزمها رجال السياسة ويكتسبهم يعيشونها في نومهم ويقظتهم.

وحتى الأغلبية البرلمانية فإن عرضها على جهة الرقابة لقانون من صنعها قبل إصداره، قد يتوخى توقي أزمة سياسية قد تبدو نذرها في الأفق.

وهو ما يجعل الحياة السياسية -في كافة مظاهرها- محكومة بالقانون في إطار ما يرخص الدستور فيه ومالا يجيزه؛ ليكون الاحتكام إلى قواعده بديلاً عن الصراع والتطاحن السياسي.

ومن ثم تظهر جهة الرقابة على الدستورية -على الأخص من خلال تنوع وكثرة الطعون التي ترفع إليها، واتساع دائرة تدخلها- عرضية في نفوذها إلى حد تقييد الحياة السياسية في كثير من جوانبها. فلا تكون المخاطر الناجمة عن تدخلها بعد عرض النزاع عليها، إلا حافزاً للخضوع للدستور، وبذلك كل جهد لتوقي مخالفته، سواء تعلق الأمر بقانون قبل إصداره أو بتعديل لقانون قائم أو بمشروع قانون، وسواء كان احتمال عرضه على جهة الرقابة راجحاً أو ضئيلاً<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك الكتاب الدوري الشهير لرئيس مجلس الوزراء الفرنسي Roland في J.O. 25 mai 1988, p. 7381.

فقد جاء في هذا الكتاب الدوري الذي وجهه رئيس الوزراء إلى زملائه، ما يأتي:

Il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entâcher les projets de loi, les amendements; et les propositions de loi inscrits à l'ordre du jour.

وترجمتها: ينبغي أن يبذل كل جهد من أجل تقصي وإبهاء كافة مخاطر عدم الدستورية التي قد تشوب مشروعات القوانين وتعديلاتها وكذلك لتقاربات القوانين المقيدة في جدول الأعمال.

(٢) وفي ذلك يقول السيد Vedel أن المجلس الدستوري في فرنسا وضع قواعد دائمة وموضوعية، قابلة لأن تعمل استقلاً عن طبيعة السلطة التي توجهها هذه القواعد، سواء كانت من اليمين أو اليسار وأن القواعد التي يضعها هذا المجلس في حالة بذاتها، يمكن تطبيقها حرفياً في حالة أخرى Georges Vedel, Débat 1989, no 55, P. 48.

انظر كذلك C.C. 86- 225 D.C., 23 Janv. 1987.R.p.13 حيث قرر المجلس الدستوري أن تعديل قانون قائم، لا يجوز أن يفصل عن الأعراس التي يتوخاها هذا القانون، ولا أن يناقض سيق أحكامه، ولا أن يخل بموضوع ذلك القانون.

وفى ذلك ضمان أكبر لأن يكون القانون موافقاً للدستور ليس فقط فى مضمون قواعده؛ بل كذلك فى الأغراض التى يتوخاها. وهو ما يتحقق على الأخص بعد أن تمنع الأغلبية البرلمانية والمعارضة نظرها فيه، وتكرره على حكم الدستور نقضاً لأوجه العوار فيه.

واللتنوير بالتالى إلى وثيقة تحيط بالسياسيين جميعهم فى أفكارهم ومثلهم وتوجهاتهم وتصرفاتهم، وكانهم يتفحصونها فى صباحهم وليلهم.

### المبحث الثالث

#### الرفضون لطبيع الحياة السياسية بالدمستور

٢٧٤- على أن الآراء السابقة للقائلة بظلة القانون على السياسة وتوجيهه لها، هسى التى يرفضها المياسيون سواء فى مضمونها أو فى دعائها.

وهم يؤسسون رفضهم دمج الحياة السياسية فى الدستور أو إخضاعها -فى كافة توجهاتها- لأحكامه، على القول بأنهم يحتكمون إلى القانون، ليس لأنهم يؤمنون به حقاً، وإنما لأن للحياة السياسية متطلباتها، وموازينها، وعناصر القوة فيها.

وليس القانون غير الأداة التى يتخفون وراءها لتبرير تصرفاتهم فى مواجهة خصومهم. وهم يناضلون من أجل إرساء قواعد -لا لأنها تحكمهم- وإنما لأنها الطريق إلى تشكيل علائق جديدة فى موازين الصراع والقوة السياسية. فلا تكون بواعثهم من وراء الاحتفاء بالقانون، غير سياسية فى حقيقتها وأهدافها.

وليس استعمالهم للغة القانونية فى حواراتهم مع خصومهم، غير تعبير عن حساباتهم السياسية التى يزونها بمقاييس دقيقة، بقصد الظهور على مسرح الحياة السياسية كشخص معتلين يحتمون بالاعتزان والتبصر، ولا يجنحون إلى إغراق وطنهم فى أعاصير القسم الإيديولوجية التى قلما تؤتى ثمارها حتى فى مجال الإقناع بها.

وإنما هى المناورة والخطط التكتيكية التى يتظاهرون من خلالها بأنهم حماة القانون؛ ولا ينوون حقيقة بها غير ضمان ازدياد شعبيتهم، وقهر خصومهم، واعتلائهم مركزاً متفوقاً فى مسرح الحياة السياسية، حتى يظفروا بثقة أكبر من ناخبهم.

وتلك جميعها مقاصد سياسية لا شأن لها بمحض الخضوع للقانون، ولا بالتقيد المجردة لقواعده الأمرة. ولئن بدا معهم إلى جهة الرقابة على الدستورية، حواراً بالقانون حول نصوص قانونية يرونها مخالفة للدستور؛ إلا أنهم لا يستهدفون حقيقة من عرض الأمر عليها غير إحراج الحكومة، ووضع العراقيل فى وجه خططها وبرامجها، حتى إذا ما ظفروا بحكم قضائى يدين هذه النصوص بخروجها على الدستور، اتخذوه طريقاً للتأويل من هيبته وتجريحها بما يشدد من قبضتهم عليها حتى تسقط فى النهاية.

وتلك كذلك أغراض سياسية يتوخونها من إدارة الحوار بالقانون. ومن ثم لا يسيطر القانون على السياسة ولا يوجهها؛ وإنما السياسة هي التي تقبض على زمام القانون في إطار لعبة سياسية Un jeu politique يكون فيها اللجوء إلى الدستور من أدواتها، ومكملا لحركاتها.

فلا يكون الخضوع للدستور حقيقيا. بل ظاهريا، وفي أوضاع بذواتها يرون فيها أن الاحتماء بالدستور أكفل لمصالحهم. وتلك حقيقة لا يجوز التهورين منها، ودلائلها قاطعة في أن السياسة غير القانون، وأن القانون لا يستغرقها. وإنما الحقائق السياسية هي التي تمسخره لخدمتها وتحقق أغراضها. وهما بذلك نقيضان، ولا يتوزيان قدرا أو أهمية.

أما الذين يقولون بطل القانون على السياسة. وينادون بأن الدستور يسيطر على فروع القانون جميعها -الخاص منها والعام- ويقبض بيده حتى على الحياة السياسية في كافة جوانبها؛ فلا يبغيون غير فرض وجهة نظر يقولون بها تعاليا، ولو نقضتها الحقائق التي يبصرونها<sup>(١)</sup>.

(١) Pierre Favre, Histoire de la science politique, in, Traite de science politique, P. U. F. 1985, vol 1. ; Daniel GAXie, jeux croisés, in les usages sociaux du droit. C.U.R.A.P.P. 1989, p. 209.

### المبحث الرابع

#### القائلون بخضوع الحياة السياسية للدستور

٢٧٥- ويؤكد القائلون بخضوع المفاهيم السياسية للدستور، أن الحياة السياسية في دولة ما، وكذلك المهام التي تقوم مؤسساتها عليها، تكوّن جميعها حول قواعد من الدستور. ويضيفون إلى ذلك أن قراءة نصوص الدستور وحدها، لا تعطى صورة حقيقية وكاملة عن الأوضاع السائدة فيها؛ وعلى الأخص من جهة شرائط تكوين أحزابها؛ ونطاق حريتها في العمل وعلاقتها ببعض؛ وتداول السلطة بينها عملاً، وطرائق تشكيل مجالسها التمثيلية؛ وحدود حق الاقتراع؛ وما إذا كان حراً محايداً أم مقيداً بما يعطل جوهره. ذلك أن الكيفية التي يطبق بها الدستور عملاً، هي التي تحدد الأسس الحقيقية لنظام الحكم في الدولة، وتبين كذلك نطاق حقوق الأفراد وحرياتهم، وحدود مجالسها الحزبية؛ وعلاقة المعارضة بالأغلبية، ودور كل منهما، وقدر تعاونهما أو صور تصادمهما، ونطاق التعددية في أشكالها الواقعية.

وكذلك ما إذا كان دور الأغلبية هو موازنة الحكومة في أخطائها لضمان استقرارها، فلا تكون الحياة السياسية إلا تحزباً واستقطاباً؛ أم أن دورها لا يمنعها من انتقاد الحكومة وتقويم ما اعوج من تصرفاتها، غير مقيدة في ذلك بالتزامها الحزبي.

ونواحي الحياة السياسية هذه بأشكالها وتنوع صورها، هي التي يثرى بها جهة الرقابة على الدستورية من خلال تطبيقها للدستور. فلا يكون مجرد صورة قائمة لا يبصرها أحد بالنظر إلى كثافة ظلالها؛ ولا هو بمعبد تتردد عليه الأثنياب، ولا بمنطقة من الفراغ لا حياة فيها. وإنما هو صورة حية ومتغيرة بالنظر إلى تفاعل أحكامه مع واقع اجتماعي معين، فلا ينفصل عن الجماعة التي يعايشها بما يناقض متطلباتها.

ولم يعد للعلوم السياسية بالتالي دور يقابل دور الدستور في صياغة شكل الجماعة ومثلها، ولا في تقويم استبداد السلطة وتسلطها. وغدا الدستور قابضاً -من خلال تطبيقه العملية- على الحياة السياسية بكل معطياتها، مهيمناً على جوانبها من كل أقطارها، بما في ذلك حدود اختصاص رئيس الجمهورية ولتميزاته كحل البرلمان، فضلاً عن سلطته في مجال ضمان استقرار الدولة ودعم مبادئها لوطنها.

وصح القول بأن الحياة السياسية ما كان لها أن تظهر بالهدوء، ولا أن تحظى بإنهاء الصراع بين المراكز المتنافرة فيها، ولا أن تتطور في اتجاه التقدم بخير بقطة الهيئة القضائية التي تصون الدستور. وما كان للسلطة التشريعية نفسها أن تعدل عن سياستها التشريعية التي اختطتها لنفسها، لولا وجود هذه الهيئة بمنزلتها ومكانتها العليا. ولم يعد الدستور وثيقة سياسية تتوازن من خلالها عناصر التأثير ولشكال الضغوط في الحلبة السياسية، ولا هو بورقة ناعمة "Un chiffon de papier" تبلور صورا جمالية لقيم مثالية؛ بل وثيقة قانونية تنسم نصوصها بالصرامة، فلا يكسون جزاء الخروج عليها غير إبطال القوانين التي تناقضها.

وفي ذلك احتكام مطلق ليس فقط للدستور، بل كذلك لجهة الرقابة على الدستورية التي تعطيه من المعاني أعماها، وتحدد الأغراض التي يتوخاها، والقيم التي يحتضنها. فلا يكون قضائها إلا مرجعا نهائيا للمخاطبين بأحكامه، يبين لكل منهم دوره وفقا للدستور، سواء كانوا من البرلمانيين، أو القضاة العاديين، أو المواطنين.

والدستور بذلك ليس مجرد قيمة رمزية *Valeur Nominale* أو نظرية *Théorique*، وإنما هو قيمة قاعدية *Normative* لها من الآثار الحقيقية التي ترتبها؛ ومن قوة القهر التي تلازمها؛ *Des effets réels et contraignants* ما يحيل الدستور على الأخص من خلال اجتهاد جهة الرقابة القضائية على الدستورية- إلى حقيقة قانونية لها من علوها ما يدعم الاقتناع بانبثاق كافة النظم القائمة في بلد ما -للقانونية منها والسياسية- عنها. وهي بعد حقيقة متطورة تجعل الدستور وكذلك القانون بوجه عام، موجها للحياة السياسية ولحركة التاريخ<sup>(١)</sup>.

(١) Jean- Louis Quermonne, le gouvernement de la France sous la Ve République, Dalloz p. 175 et p. 569 et.s.

### المبحث الخامس

#### المزاوجة بين السياسة والقانون في الحد من الصراع السياسي

٢٧٦- على أن تقنين السياسة، وحل النزاع بين رجالها من خلال جهة الرقابة على الدستورية، ليس وهماً؛ ولا تعبيرا عن وجهة نظر أحادية يفصح بها المؤيدون للشرعية الدستورية عن موقفهم. وإنما اللجوء المتواتر للقانون لحسم ما هو قائم من مصور للنزاع ذات الطبيعة السياسية، خير دليل على أن مظلة القانون وحدها هي التي تقدم الحلول لها.

ولئن صح القول بأن رجال السياسة قد عمدوا في البداية إلى تسخير القانون لخدمة أغراضهم السياسية في لحظة بذاتها، وفي إطار أوضاع معينها، وكجزء من خططهم التكتيكية؛ إلا أن قواعد اللعبة السياسية صار بحكمها القانون كتعبير عنها، خاصة بعد تصاعد دوره في تشكيل ملامحها. وصار للقانون الكلمة العليا في كل شأن، ولو كان سياسيا في طبيعته.

فالقانون هو الذي يحدد الدولة ووظائفها، ونطاق اختصاص سلطاتها، وأشكال التعاون بينها، وحقوق للمواطنين بتقاعده وواجباتهم. وهو بذلك تعبير عن الحياة السياسية في صورتها الحقيقية. فلا يكون القانون إلا اللغة الطبيعية التي يدير بها رجال السياسة أحاديثهم. وأية لغة غيرها تصمم الناطقين بها بأنهم لا يدركون قواعد اللعبة السياسية، ولا يبصرون حقائقها، بل ينقلبون على الأصول المنطقية للحوار السياسي.

ولا تقوم على تطبيق هذا القانون جمعية تظلمها الأغراض السياسية. وإنما هيئة قضائية في تكوينها ووظائفها ومن منظور أحكامها. وواجبها الأول والأخير هو ضمان سيادة الدستور من خلال فرض أحكامه على الناس جميعهم، وعلى السلطة بكل أشكالها، فلا يكون لأحكامها في تقريراتها غير دعائم من الدستور. وهي تنظر إلى رئيس الجمهورية كحكم في الدولة بين سلطاتها؛ وكضامن كذلك لوجودها هي ولاتصال حركتها<sup>(١)</sup>. وهي ترد اجتهداها في ذلك إلى الدستور وتحيل بصورة مطردة لا انقطاع فيها، المسائل التي احتكم للجلل السياسي حولها، إلى لغة القانون بمفرداتها، وبما يطورها إلى حد خلق قواعد دستورية جديدة.

(١) ولا يجوز بالتالي أن يكون رئيس الجمهورية رئيسا لحزب في الوقت الذي يجعل الدستور منه رئيسا للدولة، وحكما بين سلطاتها، كقلا انتظامها في أداء وظائفها.

فضلا عن حملها رجال السياسة على التعبير عن آرائهم فى لغة قانونية تتكون باتجاهاتهم، لتكون هذه اللغة وحدها طريقهم إلى جهة الرقابة، فلا يخاطبونها بغيرها، ولا يغلبون عليها بواعثهم السياسية، ولا دخائل الصراع فيما بينهم، وإنما يطرحون نزاعاتهم على جهة الرقابة ويديرونها من منظور كلمة القانون، فلا تكون هذه الجهة إلا مسرحها.

على أن الفصل الكامل بين السياسة والقانون لا يلتزم ولوضاع العصر، بل يجاها إلى حد القول بأن الحياة السياسية فى بلد ما، لا تنتجها القواعد القانونية وحدها، ولا يحيطها القانون من كل جوانبها. وإنما تتحدد مقوماتها من خلال تفاعل العناصر التى تؤثر فى تشكيلها، ومن بينها ديناميكية التكوين الاجتماعى؛ وأوجه التعارض ونطاق التوافق داخل الجماعة بين فئاتها الدينية واللغوية والعرقية؛ ونوع عاداتها وتقاليدها ومعتقداتها وتراثها؛ ودور أحزابها السياسية، وعددها، وطرائق تكوينها، ونطاق حريتها واستراتيجيتها؛ وقواعد تنظيم الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال.

والقانون وال دستور، يتفاعلان مع غيرها من العناصر فى توجيه اللعبة السياسية وتحديد ملامحها. ولئن جاز القول بأن العناصر المؤثرة فى الحياة السياسية تتفاوت فيما بينها فى ثقلها، إلا أن الدستور فى الدول الديمقراطية يعتبر أكثرها حسما، خاصة وأن المراجعة القضائية، هى صمام أمن يحفظ لكل من السلطين التشريعية والتنفيذية حدود ولايتها؛ ويصحح من خلال كلمة القانون السياسة التى ينتهجانها. وفضلا عما تقدم، تعمق المراجعة القضائية حقوق المواطنين وحرياتهم، ولا تعطى لنصوص الدستور التى تحكم إليها لفض نزاع معين، غير الممانى التى تطوروا وتكفل للجماعة تقدمها. وهى لا تطبع الحياة السياسية بلغتها القانونية إلا من خلال القبول بأحكامها كأداة لتمثيل مظاهر الحياة السياسية والتعبير عنها، يؤكدنا أن رجال السياسة لا يديرون حواراتهم -وبصفة روتينية- إلا باللغة القانونية.

ويظل صحيحا القول بأن أهمية القانون وقدر تأثيره لا تكمن فى خصائص قواعد الدستور؛ ولا فى دور جهة الرقابة على الدستورية؛ ولا فى عناصر خارج دائرة القانون كذلك التى تتعلق بالروابط القائمة بين مراكز القوة فى الصراع السياسى أو بمصالحها واستراتيجيتها؛ وإنما هى العلاقة بين نظرة قانونية تحيط بنزاع من طبيعة سياسية من جهة؛ وبين ما يطلبه رجال السياسة

ويسعون لتحقيقه من خلال هذا النزاع، وصولاً إلى أهدافهم من جهة أخرى؛ فلا ينفصل القانون عن السياسة، بل يتزاوجان في تدخل، ويمتزجان في ترابط<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر فيما تقدم جميعه

### المبحث السادس

#### انعدام الصراع المياسى فى مصر

٢٧٧- لا تحكم مصر اليوم أغلبية برلمانية حقيقية. وسلطانها التشريعية مجرد واجهة للديمقراطية فى صورتها الشكلية. والقوانين التى تنظرها وتناقشها هى التى صنعتها السلطة التنفيذية وعرضتها عليها، كى نقرأها فى جملتها، أو نحلها بما لا يخل بالكلز الرئيسية التى تقوم عليها.

وما يدور حولها من جدل بين أعضاء السلطة التشريعية، ليس جدلا حقيقيا يتوخى تقييم مظاهر القصور فيها؛ ولا لوجه التعارض بينها وبين الدستور؛ ولا تصحيحها بما يوفقها مع أحكامه. وإنما ينحل هذا الجدل فى حقيقته إلى صورة مظهرية للحوار، لا ينال من جوهر نصوص مشروع القانون المعروض عليها، لتظل أسسها على حالها مع تعديل بعض تفاصيلها على استحياء، وبما يقتصر -غالبا- على مفرداتها اللفظية التى لا تؤثر صياغتها من جديد فى المضمون المتكامل لمشروع القانون، ولا فى الأغراض التى يتوخاها.

ويمتثل فى إطار هذه الأوضاع، أن يكون للسلطة التشريعية سياستها الخاصة بها؛ ولا أن تتناقص السلطة التنفيذية أو تعارضها فى توجهاتها. وكثيرا ما يكون سعيها لإرضائها، قبولا كاملا وفوريا بمشروع القانون المقدم منها، ولو كان مخالفا للدستور.

وأعضاء السلطة التشريعية لا تعينهم هيئة الناخبين التى يفترض أنها أتابعهم عنها فى شئونها وخولتهم نصريتها؛ وهم يتصورون دوما أنهم لا يحاسبون أمامها، وإنما أمام السلطة التنفيذية التى كلن لها فضل ترشيحهم، ودعم حملتهم الانتخابية؛ وقهر خصومهم، وتدوير إرادة الناخبين سواء بزييفها أو تشويهها، خاصة وأن عضويتهم فى السلطة التشريعية تمنحهم حصانة يتعاملون معها كقناع يخفيهم عن يد القانون.

وكان على السلطة التشريعية بالتالى أن تقر القوانين التى اقترحتها السلطة التنفيذية، أيا كان قدر إخلالها بحقوق المواطنين وحرياتهم، لأنها صوتها وإرادة التعبير عن مطالبها أيا كان قسدر جموحها.

والمواطنون يواجهون هذه العلهاء بأعين دامية، ظم يكن الباطل يوما قرين الحق، ولا الحق كلمة جوفاء يراد بها الهزل في مواطن الخطر. وكان من المفترض منذ بدء ثورة ٢٣ يوايو، أن ترقى بمواطنيها بما يكفل ارتفاع رموسهم فيها. ولكنها خفضتها نارة من خلال تدابير استثنائية اتخذتها السلطة التنفيذية لإهدار كرامتهم؛ وطورا من خلال قوانين كان عصفها بهم شديدا، ووقعها سينا حتى على حقهم في الحياة وجوهر حرياتهم.

ولم يكن أمام المحكمة الدستورية الطيا إلا أن تعيد للحرية توازنها، وللقليم الإنسانية حقيقتها، وأن ترد إلى المواطنين حقوقا طال غيابها. وهو ما وقع على الأخص بإبطالها قوانين العزل السياسي، وجانبها من قوانين مباشرة الحقوق السياسية، وقوانين تكوين السلطة التشريعية، وتشكيل المجالس الشعبية المحلية<sup>(١)</sup>. وكذلك حرصها على ضمان جوهر الحرية الشخصية وحرية التعاقد والحق في الملكية. ولا تزال كثرة القوانين المعمول بها في مصر معيبة دستوريا بالنظر إلى تعبيرها عن إرادة السلطة التنفيذية في السيطرة على الحياة السياسية في مصر حتى تملكها من كل نواصيها وفي أدق تفاصيلها، فلا ينازعها أحد في شأن من شئونها، يعاونها في ذلك تنظيم حزبي من خلقها لا تقوم مع وجوده تحدية حزبية حقيقية؛ ولا تداول للسلطة بين أغلبية وأقلية تتبادل مواقعها. إذ الأغلبية دوما لحزبها، وهي تصطنعها بوسائلها وأدواتها. فلا تقوم قائمة للتغيير إلا من منظورها، ووفق تصورها الخاص، وفي الحدود التي تغلبها.

وصوتها وحده هو الأهم؛ وقراراتها هي الأحق بالاعتبار، وموقفها من الحرية، هو ما تنواه من أوصافها والقيود عليها؛ وكلمة للقانون هي اجتهداها وفق مصالحها.

(١) انظر في ذلك قضاء المحكمة الدستورية للطيا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية - قضية ٢١ يونيو ١٩٨٦ - قاعدة رقم ٥١ - ص ٣٥٣ وما بعدها من الجزء الثالث؛ وفي القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية دستورية - قضية ٧ مايو ١٩٨٨ - قاعدة رقم ١٦ - ص ٩٨ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية دستورية - قضية ١٩ مايو ١٩٩٠ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٢٥١ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ٨ ق دستورية - قضية ١٥ أبريل ١٩٨٩ - قاعدة رقم ٢٧ - ص ٢٠٥ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٤٩ لسنة ٦ ق دستورية - قضية ٤ أبريل ١٩٨٧ - قاعدة رقم ٣ - ص ١٩ وما بعدها؛ والقضية رقم ٢ لسنة ١٦ ق دستورية - قضية ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٧ - ص ٧٠ وما بعدها من الجزء السابع.

وفى ذلك تفويض للشرعية الدستورية. ومدخلها أن القانون هو الضمان النهائى للحرية؛ ولا حرية بغير ديمقراطية، ولا ديمقراطية بغير الهياكل والحقوق التى تقضى إليها، ويندرج تحتها وجود معارضة منظمة لها من قوتها وعناصر تماسكها، ما يوازن الأغلبية البرلمانية ويحملها على الاعتدال فى مواقفها، وبصحها كذلك عند الاقتضاء.

### الفصل الثالث عشر

#### الرقابة القضائية على الدستورية وعلاقتها الديمقراطية

##### المبحث الأول

##### السلطة القضائية كضمان نهائي للحرية

٢٧٨- ظل الفقهاء، ولفترة طويلة، ينظرون إلى الدستور باعتباره وعاء السلطة من جهة توزيعها وتنظيمها، وبيان حدودها<sup>(١)</sup>.

أما حقوق المواطنين وحرياتهم، فإن الدستور وإن كان لا يتجاهلها، إلا أن حمايتها لها لم تكن عندهم غير النتيجة الحتمية لعملية تقسيم السلطة بين أفرع ثلاثة، كبديل عن تركيزها في جهة واحدة تبيض بيدها على كافة مظاهرها.

ولم يكن كافلا لحقوق الأفراد وحرياتهم غير تقيد السلطة لنفسها وبفسها، وتحديد أوصافها الأكثر حماية لحقوق مواطنيها وحرياتهم، وذلك من خلال الفصل بين سلطة إقرار القوانين، وتنفيذها، ومباشرة السلطة القضائية لولايتها<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم حول أفضلية بعض النظم الديمقراطية على غيرها، إلا أن اتفاقهم كان كبيرا حول مسألة أساسية هي أن السلطة -ومن خلال القيود التي تنظم مباشرتها ونكح جماحها- هي الضمان النهائي للحرية<sup>(٣)</sup>.

وهم يؤيدون نظرتهم هذه قائلين بأن فصل مظاهر مباشرة السلطة عن بعضها بصورة جامدة؛ أو تمجها في بعض في صورة كاملة؛ وإن كانا معنيين بتفانين الفصل العرن بين الأفرع التي تباشرها، وضرورة تحقيق قدر من التوازن بينها؛ إلا أن للجدل ظل دائرا حول مفاهيم تقليدية تقوم على أن الحرية لا يكفلها إلا فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، وكتامها عن السلطة القضائية، مع تحديد حقوق كل منها بصورة دقيقة<sup>(٤)</sup>.

(١) تلص الجملة الثانية من المادة ١٦ من الإعلان الصادر في ١٧٨٩/٨/٢٦، على أن المجتمع لا يعتبر حلقا لدستور إذا لم يتم فيه الفصل بين السلطات.

(٢) Montesquieu, De l' esprit des lois, livre XI, chap. 6, P.U.F., 1984.

(٣) Dominique Rousseau: Droit de contentieux constitutionnel, 3 e édition, p. 388.

(٤) Michel Troper, la séparation des pouvoirs et l' histoire constitutionnelle française, L.G.D. 1980, p. 205.

### المبحث الثاني

#### الديموقراطية إطار عام لحقوق المواطنين وحررياتهم ووعاء للدستور

٢٧٩- غير أن المفاهيم السابق بيانها، لم تحظ دوماً بالقبول العلم، تأسيساً على أن الدساتير في تطورها الراهن، تلهمها حقوق المواطنين وحررياتهم التي تحرص على بيانها بما لا تجهل فيه<sup>(١)</sup>؛ وإنما لا تولى مبدأ تقسيم السلطة وتوزيعها، الأهمية ذاتها التي توليها لكل حق أو حرية كفلتها؛ وأن العمل في كثير من الدول، قد دل على أن تقسيم السلطة آل إلى توحيدها من خلال سيطرة بسطتها السلطة التنفيذية المنتخبة -عن طريق رئيسها- على مظاهر الحياة على اختلافها، ولتضامتها من الآخرين الخضوع لها، وللزول على توجيهاتها؛ بل وطلبها أن يكون الولاء لها كاملاً ليس فقط في فرنسا، ولكن كذلك في النمسا والمويد وأسبانيا والبرتغال، بالرغم من نياين دساتير هذه الدول في تنظيمها لأفرع السلطة وقواعد توزيعها.

وحتى في الأحوال التي يكون فيها رئيس مجلس الوزراء هو السلطة القابضة على مقاليد الأمور، فإن دور السلطة التشريعية يتضامل إلى حد كبير.

وكان لاختلال التوازن بين حقوق السلطة التي تحوزها من خلال امتيازاتها، وحقوق المواطنين وحررياتهم التي يطالبونها، أثر كبير في الانتقال من مفاهيم تقسيم السلطة وتوزيعها، إلى مفاهيم تتالقضها حاصلها أن الدستور يكفل للديموقراطية أسسها عن طريق ضمانه لحقوق المواطنين وحررياتهم.

Passage de la constitution- séparation des pouvoirs à la constitution- garantie des droits.

ذلك أن الدستور ليس السلطة موزعة أو مقيدة. وإنما هو حقوق المواطنين وحررياتهم la constitution c'est la garantie des droits فالحرية لا تكفلها السلطة أيا كان نوع القيد التي فرضها الدستور عليها، وإنما تصونها وتدعمها وثائق إعلان الحقوق التي يفرضها المواطنون على حكامهم ويلزمونهم احترامها. فضلاً عن أن تعزيز الديموقراطية وفق صحيح أسسها،

(١) انظر في ذلك الجملة الأولى من إعلان ١٧٨٩/٨/٢٦ الفرنسي التي تقول:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ... n'a point de constitution

وترجمتها: "لا يعتبر المجتمع حائزاً للدستور، إذا لم تكن ضمانات حقوق الأفراد مكفولة فيه".

يفترض أن تركز الدساتير اهتمامها على الفرد لا على السلطة، وعلى حقوقه وحرياته التي تحدد إطارا منطقيا لروابطه بها، خاصة وأن هذه الحقوق والحريات هي التي تتدخل جهة الرقابة على الدستورية -في الأعم- من أجل ضمانها بصورة مطردة، ومن خلال مفاهيم ألحقتها بقواعد الدستور ذاتها، مما أحدث تغييرا في نوعيتها.

ولم يعد كافيا بالتالي أن تصوغ الدساتير أحكامها بما يجعل كميتها أكبر في اتجاه حقوق الأفراد وحرياتهم، تعميقا لتوازنها مع السلطة بكل امتيازاتها؛ وإنما كان على جهة الرقابة على الدستورية أن تتدخل بصورة عملية -ومن خلال مناهجها ووسائلها- لدعم حقوق مواطنيها وحرياتهم، ولن تقوم لأمرها منظورا قضائيا *la charte jurisprudentielle des droits et libertés*. مغايرا بالضرورة لوثائق إعلان الحقوق في صيغتها النظرية.

وهذا الانتقال من المفاهيم التي تنظر إلى الدستور باعتباره وثيقة لتنظيم السلطة؛ إلى أفكار تتلقضها تقوم على أن الدستور هو حقوق المواطنين وحرياتهم، هو ما حمل جهة الرقابة على الدستورية على ألا تقيد نفسها بالقائمة المغلقة التي حصر الدستور حقوق المواطنين وحرياتهم فيها. ذلك أن هذه القائمة المغلقة *la liste close* لا تضمنها في الأصل إلا قواعد اللعبة السياسية التي تتحدد ضوابطها على ضوء حقيقة الروابط بين مراكز القوة المؤثرة في المجتمع؛ وفي الحدود التي يؤكد المواطنون فيها -وبكل فئاتهم- يظنهم في الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك أن تكون قائمة حقوقهم وحرياتهم هذه، من إبداع جهة الرقابة القضائية على التشريعية الدستورية. ذلك أن هذه القائمة تزداد طولاً وعمقا *En largeur et profondeur* مع كل حكم يصدر عنها متضمنا مبدأ دستوريا جديدا<sup>(٢)</sup>. لتحل محل القائمة المغلقة، قائمة جديدة مختلفة

(١) انظر في ذلك الوثيقة النهائية لمستور ٣ سبتمبر ١٧٩١ الفرنسي التي جاء فيها أن يفتة الآباء والأزواج والأمهات، وأعينهم الساهرة وكذلك الشباب وكافة المواطنين، هي الضامن لحقوقهم.

*La vigilance des pères de famille, des épouses et mères, des jeunes citoyens et de tous les français.*

(٢) فما قررت المحكمة الدستورية العليا من أن القوانين الجنائية يجب أن تصاغ في حدود ضيقة، وأن تتضمن إخطارا كافيا بحقوق الأعمال التي تؤمنها، يعد مبدأ دستوريا جديدا كلفا حقوقا للمواطنين لم ينص عليها الدستور. وكذلك الأمر بالنسبة إلى ما جرى به فضاؤا من أن النصوص العقابية لا يجوز أن تكون مفرطة في قسوتها أو معنة في الحظ من كرامة الإنسان؛ ومن عدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة على فعل واحد، أو تقييد حريته على وجه آخر، بغير الوسائل القانونية السليمة. لكل أولئك مبادئ لا ينص عليها الدستور، وأضافها المحكمة الدستورية العليا إلى هذه الوثيقة مما جعلها جزء منها.

عنها، ولا تتأتى حمايتها إلا عن طريق الأحكام القضائية التي تصدرها الجهة القضائية للرقابة على الدستورية، والتي لا يجوز الامتناع عن تنفيذها أو التراخي فيه. ولم يعد صحيحاً مطلق القول بأن كل قاعدة قانونية يأتي بها القنون، يجوز إلغاؤها بقانون لاحق، C'est qu'une loi à fait, une autre loi peut le défaire ذلك أن تعديل السلطة التشريعية للقوانين أو إلغاؤها، وإن كان يدخل في وظائفها، إلا أن سلطتها في ذلك حدتها قواعد الدستور التي تمنعها من أن تفر أو تعدل قانوناً يخل بفرائض لها طبيعة دستورية<sup>(١)</sup> Des exigences de caractère consitutionnel، وإلا بطل كل قانون ينتهكها<sup>(٢)</sup>.

وزاد من قوة هذا الاتجاه، أن دور جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لم يعد مجرد تطوير دائم لحقوق المواطنين وحرياتهم، وإنما تعداه إلى العمل على حمايتها من خلال أحكامها التي يخرج بها الدستور من صورته الأولى إلى صورة جديدة تكونها هذه الجهة بنفسها L'écriture juridictionnelle des droits. وهي صورة لا تعمل في فراغ، ذلك أن التعديل في أحكامها أو تحويرها أو العدول عنها يقترن دوماً بجزاء يمثل ضماناً قضائية أعلى في وزنها وقيمتها من نصوص الدستور في صيغها المجردة والهامدة L'écriture institué.

وعلى ضوء ذلك الصورة الجديدة لحقوق المواطنين وحرياتهم لا تظهر نصوص الدستور كمجرد إطار لتنظيم الروابط داخل الدولة فيما بين مؤسساتها، وإنما بوصفها وبالنظر إلى غاياتها النهائية- إطاراً لحدود علاقتها بمواطنيها التي لا يكفلها غير آلية قضائية ينشئها الدستور ولا تتوخى غير تطوير حقوق المواطنين وحرياتهم، ومجابهة كل إخلال بها، ولو صدر عن السلطة التشريعية ذاتها التي كان ينظر إليها قديماً باعتبار أن تشريعاتها هي التي تبلور السيادة الشعبية؛ وأن تمثيلها لهيئة الناخبين يعطيها قوتها ومكانتها وهيبتها، وينقل إليها حقوق السيادة التي تملكها؛ وأن الإرادة البرلمانية بالتالي la volonté parlementaire هي ذاتها إرادة الجماهير في مواقفها المختلفة La volonté général de la Nation، ومن ثم تتصهر هاتان الإرادتان وتندمجان، لتظهر الإرادة البرلمانية كرفعة فعلية للسيادة الشعبية<sup>(٣)</sup>.

*l'érigeant effectivement en souverain.*

<sup>(١)</sup> C.C.84- 185 D.C., 18 janvier 1985, R. p.36; C.C., 89- 259 D. C., 26 juillet 1989, R.p.66.

<sup>(٢)</sup> C.C. 90 - 281 D. C. , 27 decembre 1990 R. p. 91.

<sup>(٣)</sup> Carré de Malberg , la loi , expression de la volonté générale, Economica 1984.

يبد أن تصور قيام الديمقراطية على هذه المفاهيم، كان معيبا من جهتين:

أولاهما: أنها لم تكن غير تعبير عن تسلط السلطة التشريعية حتى لا تنقيد بضوابط تحد من حركتها. شأن موقفها في ذلك، شأن ما قرره لويس الخامس عشر من أن حقوق المواطنين وحررياتهم لا يجوز فصلها عن حقوق ملوكهم ومصالحهم، بل يتعين دمجها في بعضها البعض لضمان تماسكها<sup>(١)</sup>.

ثانيتهما: أن حقوق من يباشرون السلطة، يتعين تمييزها عن حقوق الخاضعين لها، فلا تختلط حقوق المواطنين بممثلتهم. وإنما يكون لحقوق المواطنين ذاتيتها التي تتصل بها عن حقوق السلطة وامتيازاتها، بما يسق الفواصل بين الفريقين، تؤكد حقيقة قانونية مفادها أن الدستور لا يتوخى بالقيود التي يفرضها على مباشرة السلطة لامتيازاتها، غير ضمان خضوعها لإرادة مواطنيها الذين يملكون حقوق السيادة الفعلية التي تفرض نفسها على كل سيادة غيرها حتى تكون بوضعها ومركزها، خارج حدود كل دائرة تعمل على خلقتها.

وإذا كان العمل قد دل على إخفاق الديمقراطية المباشرة- وهي تعبير مباشر، وكامل عن السيادة الشعبية- بالنظر إلى مندر تطبيقها عملا، مما حصل الجماهير على إيذالها بالديمقراطية التمثيلية التي تفوض بها الجماهير من يوبون عنها في التعبير عن إرادتها؛ إلا أن هؤلاء قد لا يفلحون في التعبير عما تريده الجماهير، أو يخونونها، أو يسيئون فهمها، أو يعرضون قضاياها بالطريقة التي لا تكتل مصالحها. ويتعين بالتالي تقويم تصرفاتهم من خلال إبطال جهة الرقابة القضائية للقوانين التي أقرتها، على ضوء نظرتها إلى الدستور باعتباره وثيقة لحقوق المواطنين. La Constitution charte des droits لا يكتلها سواها، بحكم استقلال موقعها عن كل من السلطة التشريعية والتفنيقية. فلا يقيمها الدستور داخل حدودهما، ولا في منطقة التماس معها، ولا حتى على خطوطها.

وهي فوق هذا لا تقر فقط أن لكل من الحكام ومحكومهم حقوقا مختلفة، ولكنها تتدخل من خلال رقابتها لبيان قائمة الحقوق التي يملكها كل فريق في مواجهة الآخر، ولتحديد نوع المصالح التي يختص بها.

(١) انظر خطاب لويس الخامس عشر إلى البرلمان في ١٧٦١/٣/٣ في

Jean- Yves Guimar, L'idéologie Nationale, champ libres 1974, p. 39.

فالمصالح السياسية التي تعمل السلطان التشريعية والتنفيذية على تحقيقها، لا يجوز أن تتناقض التكوين المدني لمجتمعها الذي تتفوق فيه حقوق الأفراد على تلك المصالح. ذلك أن الأفراد يباشرون السيادة الشعبية التي كان ارتباطها قويا بالحقوق التي كفلتها في وثائق إعلان الحقوق، وعلى الأخص كلما دل القبول بهذه الوثائق عن طريق استفتاء عام، على الانضمام إليها فيما قرره من حقوق<sup>(١)</sup>.

ولقد كان انحياز جهة الرقابة على الدستورية للسيادة الشعبية في حقيقة مدلولها والتي لا شأن لها بالطبيعة التمثيلية للبرلمان - مفضيا إلى تغيير في نوعية المفاهيم الديمقراطية التي يلتزمها المشرع *la qualité démocratique de législation*. وهو تغيير أن يكتمل في فرنسا إلا بتحويل الأفراد حق الطعن في دستورية القوانين التي يضر تطبيقها بمصالحهم، ولو كان ذلك بعد العمل بها<sup>(٢)</sup>.

(١) أعطى المجلس الدستوري الفرنسي قيمة دستورية لحقوق الملكية، وعلينا على الإرادة البرلمانية قاضيا بأن الشعب الفرنسي هو الذي رفض بمقتضى الاستفتاء الذي تم في ٥ مايو ١٩٤٦ إصدار إعلان جديد لحقوق الإنسان يشمل مبادئ غير التي سبق إعلانها عام ١٧٨٩. كذلك فإن هذا الشعب هو الذي وافق في استفتاء ١٣/١٠/١٩٥٨ على نصوص تمنح القيمة الدستورية للمبادئ والحقوق المعن على في ١٧٨٩.

(٢) ومن ذلك ما قرره بعض الفقهاء من أن المجلس الدستوري في فرنسا قد أعطى البرلمان بقراره رقم 21 Janv. 1990, R.P. 11, D.C. 89-271 درساً في الديمقراطية حين وضع البرلمان قيوداً غير مبررة على حرية تنفق الآراء والأفكار. كذلك دمج المجلس الدستوري بالبطان تشريعا برلمانيا فرق فيه بين المواطنين والأجانب بعد أن استبعد الأجانب المقيم بانتظام في فرنسا من الحصول على المعونة الاجتماعية التي يحصل عليها المواطنون 13 Janv. 1990, R.P. 22, D.C. 89-269.

### المبحث الثالث

#### انهيار مفاهيم الديمقراطية التمثيلية، وسقوط مبرراتها.

٢٨٠- على أن الديمقراطية المعاصرة، وإن كانت هي الديمقراطية البرلمانية التي ترفض تأسيس سلطة الأمير على مشيئته التي يقيّمها على الحق الإلهي *Le droit divin*، وتأخذ بما تنص عليه المادة ٦ من إعلان ١٩٨٩ التي تقضي بأن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة، وأن لكل المواطنين الحق في العمل معا -سواء بأشخاصهم أو عن طريق ممثليهم- من أجل تشكيله؛ وكان من يمثلون المواطنين في مجموعهم، قد صاروا مسؤولين عن التعبير عن هذه الإرادة بعد سقوط الديمقراطية المباشرة؛ وكان القانون قد صار بالتالي مركز الديمقراطية النيابية التي تفترض وجود ممثلين للجماهير لأبوابهم عنها في مباشرة الوظيفة التشريعية، وفوضتهم كذلك في النظر في شؤونها *Chargé par la Nation de vouloir pour la Nation* فلا تكون القوانين التي يقرونها -بالضرورة- غير تعبير عن إرادة الجماهير؛ إلا أن الديمقراطية التمثيلية لم تكن في حقيقتها غير خلط بين إرادة الجماهير، وكيفية التعبير عنها. ذلك أن إرادة الجماهير لا يشكلها عدد الأفراد الذين يسمون في تكوينها، ولا نوعيتهم. وإنما الإيمان بالقيمة المطلقة لحكم العقل<sup>(١)</sup> *La croyance de la valeur absolue de la raison* هو الذي يضيء عليها قيمتها.

وفي هذه الحدود، ارتبط مبدأ سيادة القانون بالخضوع الكامل لقوانين العقل وموجباته التي يلتزمها البرلمانيون في تحديد مضمون كل قانون يقرونه. وكذلك في مناقشتهم داخل البرلمان، وأساسها المواجهة، والعلانية، والحوار المنظم.

بيد أن ما يلاحظ اليوم هو أن البرلمانيين فقدوا مصداقيتهم ومكانتهم. ذلك أنهم يقدمون مصالح حزبهم على مصالح أممتهم، وتتجاوز تشريعاتهم كذلك لهيئة الناخبين أكثر من استجابتهم لحكم العقل؛ مما جعل جماعات الضغط والنظم النقابية، والجمعيات أفضل تمثيلاً من البرلمانيين وأعمق تأثيراً في التعبير عن إرادة الجماهير وتشكيلها.

فضلا عن أن ضوابط الائتلاف الحزبي *Le discipline majoritaire* كثيرا ما يصير بها الحوار داخل البرلمان عقيما جدبا.

(١) يقول جورج بورديو أن القانون ينبل منطقي تعرضه مقتضيات العقل، *Un édifice rationnel élevé pour des êtres de raison* [George Burdeau: Une survivance: la nation de constitution, sirey 1956, p.53].

وتقوم الصحافة اليوم بدور البرلمان فيما يتعلق بتبصير المواطنين بحقيقة الأوضاع التي يعيشونها، وبتشكيل إرادتهم بما يحقق طموحاتهم ويعبر عن روحهم ويفرض أشكالا من الرقابة على حكاهم.

وكان ارتباط أعضاء السلطة التشريعية بالمواطنين بالتالي، أقل بكثير من تأثير وسائل الإعلام عليهم، سواء من خلال إتيانهم بالحقائق، أو تشكيل أفكارهم، أو للتعبير عن آمالهم، أو دعم مواقفهم في مواجهة السلطة<sup>(١)</sup>.

واقترن لقول مركز البرلمان، بطور آخر من أطوار الديمقراطية المعاصرة، تمثل في سيطرة التكنوقراطيين على مقاليد الأمور في أوطانهم من خلال مفاهيم العدالة الاجتماعية، والأداء الأكثر لتحقيق المهام الوطنية.

ولقد كان لهذه المفاهيم العلمية دور حتى في تحقيق الديمقراطية السياسية، وذلك بالنظر إلى تجردها من كافة العوامل الشخصية؛ ومن كل تأثير من طبيعة أيديولوجية؛ وكذلك من خلال فعالية وحيدة النشاط العام<sup>(٢)</sup>، بل إن الحقائق العلمية التي قام عليها هذا الطور من الديمقراطية المعاصرة؛ هي التي أفاد المشرع منها في تطوير القوانين التي أسسها عليها.

بيد أن هذا الشكل الجديد للديموقراطية سرعان ما أخفق في ضمان الحماية الحقيقية لحقوق المواطنين وحرياتهم، وذلك بالنظر إلى عمق اقتناعهم بأن الإدارة لم تنجح في مواجهة العوائق الاقتصادية وعثراتها وأزماتها؛ ولا في تحقيق معدل معقول للتنمية؛ ولا في ضمان الحماية الاجتماعية للناس جميعهم. وحتى كفايتها في العمل، صار مشكوكا فيها. وتحجر قولها ونمطية تصرفاتها، آل كذلك إلى جمود مجتمعا، بل وحصاره.

ولم تعد الإدارة بموظفيها التكنوقراطيين هي الأكثر على العمل. وكان ملحوظا كذلك شلها للمبادرة الفردية، وتقويضها فرص للنظم المختلفة في النهوض بمسئوليتها، مما ألحق بحريات الأفراد أسوأ المخاطر، بالنظر إلى سيطرتها الكاملة على شئون مجتمعا<sup>(٣)</sup> La maître absolue de la société.

(١) Walter Begehat, La Constitution Britannique, Paris - Germer- Baillière, 1869.

(٢) Georges Burdeau, L'Etat, Seuil. 1970, p. N 7.

(٣) Jacques Chevollier, La fin de l'Etat providence, projet, Mars 1980.

### المبحث الرابع

#### دور جهة الرقابة على الدستورية في تعميق الديمقراطية

٢٨١- وإذ كان من الفرائض التي تقتضيها الديمقراطية المعاصرة، مواجهة أعمال السلطة -وبصورة مطردة - بالقيم التي لارتضتها الجماعة وشخصتها، فقد كان من المنطقي أن يطو دور القضاة في النظم الدستورية ذلك أن الوظيفة التي يتولونها انتقادية بطبيعتها Une fonction critique تتفحص تحليل أعمال السلطة بقصد تقييمها، ولتحقق من مطابقتها للقيم التي قام مجتمعهم عليها، كقيم التكافؤ في المعاملة القانونية، وفي الحرية، وفي الملكية. وظهر القضاء بوصفهم أمناء على هذه القيم، بحرسونها ويردون كل عدوان عليها Les gardiens des valeurs ، ويستخلصون كذلك للضوابط التي يحدون على أساسها، ما إذا كان العمل الصادر عن السلطة يعتبر صحيحا أو باطلا. وكان موقفهم من قيم الجماعة وثوابتها ليس فقط مجرد استظهارها، وإنما كذلك تطبيقها في شأن أعمال السلطة جميعها لضمان خصائصها الديمقراطية.

٢٨٢- وقد أثار ذلك تساؤلا حول الشرعية الديمقراطية لتدخل القضاة -غير المنتخبين- في أعمال أية سلطة منتخبة بطريق الاقتراع العام المباشر<sup>(١)</sup>.

وهو تساؤل رد عليه الوضعيون والطبيعيون بطرق مختلفة، وإن كانت نقطة البداية فيها تقتضى تحديد مفهوم الديمقراطية التي يعمل للقضاة في إطارها.

٢٨٣ - فالوضعيون Les positivistes يفسرون الشرعية الديمقراطية لتدخل القضاة في أعمال السلطة المنتخبة، بقولهم بأن تقرير عدم دستورية القانون يفترض أولا تحقق خلل إجرائي فيه Irregularité de procedure<sup>(٢)</sup> ويميزون في ذلك بين منطقة الشرعية الدستورية التي تعينها السلطة التأسيسية، ومنطقة الشرعية القانونية التي يختص البرلمان بها. فإذا تدخل المشرع في منطقة الشرعية الدستورية سواء بتنظيم مسائل من طبيعة دستورية، أو بإقراره قوانين تناقض في مضمونها المبادئ الموضوعية التي وضعتها السلطة التأسيسية؛ فإن المشرع يكون قد جاوز حدود

(١) Georges Védél, la conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l' homme, Pouvoirs, 1988, no. 45, P.P. 149.

(٢) Charles Eisenman, La justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche. Economica, 1986.p.17.

ضوابط الاختصاص التي وضعتها هذه السلطة للفصل بين منطقة الشرعية الدستورية، ومنطقة الشرعية القانونية. فلا يكون إبطال القوانين التي أقرها المشرع غير جزاء على تنظيمه مسائل، أو إرادته لنصوص قانونية لا يختص بها. وليس في تقرير هذا الجزاء مخالفة لأصول الديمقراطية ومبادئها. ذلك أن قضاء الشرعية الدستورية لا يعلو برأيتهم على البرلمان، ولا يفرضون وجهة نظر شخصية بدحضون بها إرادة الجماهير التي يعبر عنها نوابهم البرلمانين، ولا يبحثون في القيمة الداخلية للقانون *La valeur intrinsèque de la loi* ولا ينظرون كذلك في الخصائص الخلقية التي يقوم عليها *La moralité de la loi*؛ ولكنهم يكشفون فقط عن انتفاء ولاية المشرع فيما أقره من النصوص القانونية المطعون عليها. وهذا هو الخلل الإجرائي في هذه النصوص التي يجوز إقرارها من جديد بعد تقاديه<sup>(١)</sup>.

وفضلا عما تقدم، يقول الوضعيون بأن كل سلطة أنشأها الدستور، عليها أن تمتثل لأحكامه، وأن تعمل في إطارها. بما يقيم تدرجا هرميا بين الدستور والسلطة التي أحدثها. فإذا نقض قضاء الشرعية الدستورية قانونا مخالفا في شكله أو مضمونه لقواعد الدستور التي تمثل التعبير الأعلى عن السيادة الشعبية، فإنهم يقدمون بذلك هذه السيادة على عمل البرلمان. ويحفظون بذلك للديمقراطية اسمها وضوابطها.

فلا يخلون بالتقييم الديمقراطي، ولكنهم يوثقونها عن طريق تغليبهم الدستور -وهو التعبير الأعلى عن السيادة الشعبية- على كل سلطة في الدولة، بما في ذلك قضاء الشرعية الدستورية أنفسهم الذين لا يجوز لهم مراقبة دستورية القوانين التي أقرتها الجماهير في استفتاء عام<sup>(٢)</sup>.

(١) والسلطة التأسيسية -لا المشرع العادي- هي التي تتولى تصحيح للقانون المعيب بعدم الاختصاص. وذلك من خلال قانون دستوري *Par la voie d'une loi constitutionnelle*.

(٢) من المفترض في جهة الرقابة على الدستورية أن تخضع للدستور شأنها في ذلك شأن السلطتين الأخريين. ولا يجوز بالتالي أن تطو أحكامها على السيادة الشعبية. ومن ثم ساء في بعض الدول كالنمسا والبرتغال، أن يعيد البرلمان بأغلبية خلسة إقرار للقانون الذي قضى بعدم دستوريته. وفي فرنسا يستطيع الشعب بعد دعوته إلى استفتاء عام، أن يؤكد موافقته على القانون الذي حكم بعدم دستورية بقدر من المجلس الدستوري الفرنسي. وفي ذلك يقرر المجلس الدستوري الفرنسي انحصال رقابته في القوانين التي أقرها البرلمان لا تلك التي وافق الشعب عليها في الاستفتاء.

٢٨٤- والطبيعيون *Les jus-naturalistes* يؤيدون كذلك تدخل قضاء الشرعية الدستورية في أعمال البرلمان، ولكنهم يؤسسون هذا التدخل على حجتين مختلفتين:

أولهما: أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، هي النتيجة الطبيعية لخصائص حقوق الإنسان في عالميتها وتوقعها؛ وعدم جواز الإخلال بها؛ وسبق وجودها حتى على وثائق إعلان الحقوق التي كُنتها ووثقتها علانية. ذلك أن حقوق الإنسان كامنة فيه، وليس للسلطة السياسية ولا للجماعة التي يرتبط بها، من شأن بمحتواها بالنظر إلى خروجها عن دائرة كل تنظيم من طبيعة وضعية.

وحتى بعد انتقال الأفراد من حالتهم البدائية إلى حالتهم المدنية، فإن دستور الدولة -وهو من تأسيسهم- ظل قائما على ضمان حقوقهم السابقة على وجوده. وهو ما تنص عليه المادة الثانية من إعلان ١٧٨٩ من أن صون حقوق الإنسان في الحرية، وفي الملكية، وفي الأمن، وفي عصيان صور القهر والاضطهاد. يبطل حقوقه الطبيعية التي لا يشملها التقادم والتي تنوحي تحقيقها كل جماعه سياسية.

وليس لأية سلطة في الدولة بالتالي أن تتدخل ما تراه من الحقوق. إذ لا سمعها -وينظر إلى علو حقوق الإنسان عليها، ووجودها قبلها- غير أن تكون الحقوق التي نلتهم وحقوق الإنسان هذه التي يتعين أن ينظر إليها باعتبارها موجهة للقوانين في حركتها، لتفرض نفسها عليها كحقيقة أمره تنسم بالإطلاق.

ومن ثم تعامل حقوق الإنسان باعتبارها واقعة خارج دائرة عمل السلطة السياسية<sup>(١)</sup> فـإذا كفلها قضاء الشرعية الدستورية من خلال فصلهم في دستورية القوانين للتحقق مسن (إخلالها أو تقيدها بهذه الحقوق، فإن عملهم لا يكون مخالفا للقيم الديمقراطية.

ذلك أن مفهوم القانون لا يتحدد إلا في ضوء تلك الحقوق، التي تفرض نفسها على السلطة السياسية. ولا يجدو هذا المركز الخاص لحقوق الإنسان الواقعة فيما وراء السلطة السياسية، أن

(١) انظر في ذلك ص ١٧ و ١٨ من مؤلف:

يكون وعاء الشرعية الدستورية للقوانين جميعها. ذلك أن قضاء هذه الشرعية يكفلون إنفاذ تلك الحقوق من خلال إبطال القوانين التي تخل بها.

وهم بذلك يصونون حقوق الإنسان ويحرسونها، ولا يعارضون القيم الديمقراطية، وإنما يعطونها التعبير الأعلى من حلال ضمان خضوع الدولة للقانون بصفة كاملة وفعلية. فلا تطلق يدها في كافة الشؤون L'absolutisme، ولا يقارن التحكم L'arbitraire تصرفاتها. وإنما الحقوق السابقة على القانون هي التي تغيب. وتفرض عليها الاتصاع للقضاء الذين يلزمونها بالخضوع لها.

ومن ثم تنقيد الدولة بالقانون، لا لأنه من صنعها Théorie de l'autolimitation وإنما لأن الدولة تجد نفسها مجابهة بحقيقة قانونية تعلوها وتستقل عنها وتحملها على النزول عليها Théorie de l'hétérolimitation.

وينبغي أن يلاحظ على الأخص، أن الرقابة على دستورية القوانين لا تعتبر مجرد آلية من طبيعة فنية تقتصر أهدافها على مجرد إخضاع الدولة بكافة أجهزتها مبدأ التدرج فسي القواعد القانونية. ولكنها أولا وقبل كل شيء وسيلة لإزامها باحترام حقوق الإنسان وحرياته، وضمان تنقيد دولة القانون لا بالقانون بوجه عام وأنها كان محتواه، وإنما بكافة القوانين التي تعبر عن قيم الحرية والمساواة والشماع.

وجميعها حقوق تكفل انتفاع الأفراد بها في مواجهة الدولة التي قد تعارضها. فلا يكون اعترافها بها عن طريق مؤسساته -القضائية منها بوجه خاص- غير تأكيد لسموها عليها، وتعميق للقيم الديمقراطية.

ثانيهما: أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي النتيجة المنطقية لفرائض الديمقراطية المعاصرة. ولا جرم في أن للديمقراطية مفاهيم مختلفة من بينها تلك التي تقيدها عن قاعدة الأغلبية البرلمانية التي جاوزها الزمن، أو على الأقل لم تعد كافية لتأسيس الديمقراطية. ذلك أن الديمقراطية الحقيقية اليوم، هي التي تتضمن -بين ما تشمل عليه- صون حقوق الإنسان؛ وتفترض، جود نظم لها فعاليتها تكفل لهذه الحقوق احترامها في مواجهة الأغلبية

البرلمانية التي قد تنتهكها حتى يفيد منها الأفراد بأغلياتهم وطوائفهم وأغوانهم ولأيا كان قدر اختلافهم فيما بينهم.

وقد تحقق للديموقراطية صحيح مفهومها منذ أن قرر المجلس الدستوري الفرنسي في ١١/١/١٩٩٠، أن التعددية في الآراء والأفكار، هي أساس الديمقراطية. وصارت الديمقراطية بالتالي مفهوما قضائيا متحركا، وقاعدة للحكم القضائي على أعمال للدولة ونصرفاتها<sup>(١)</sup>.

La démocratie ainsi définie, dévient donc un concept constitutionnel opératoire. C'est à dire une règle de jugement des actes de l'Etat.

---

(١) C.C. 89- 271, D.C. 11 janv. 1990, R.p. 21.

### المبحث الخامس

#### تقييم عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية

٢٨٥- على أن نقطة البداية التي يؤسس عليها الوضعيون والطبيعيون موقفهم من الرقابة على الشرعية الدستورية، تفترض أن الدستور حقيقة لها وجودها فيما وراء جهة الرقابة على الدستورية، وأنها تفرض نفسها عليها، وأن القواعد الدستورية -الشكلية منها والموضوعية- تحمل في ذاتها دلائل معانيها، فلا تستببط جهة الرقابة القضائية منها هذه المعاني، إذ هي واضحة من ذات قواعد الدستور. ولن يكون إبطالها القانون المناقض للدستور بالتالي، غير مجرد إخطار للمشرع بالمخالفة التي ارتكبها.

لذا على قانون وجود الجمعية على شرط الترخيص السابق بإنشائها، فإن جهة الرقابة إذ تبطل هذا القانون، فإن عملها لن يزيد على مجرد تنبيه البرلمان إلى أن حرية تكوين الجمعية تناقض تعليق وجودها على ترخيص سابق، إداريا كان لم قضائيا.

وإذا أقر البرلمان قانونا في شأن تأميم أموال المشروع الخاص، فإن جهة الرقابة التي تبطل هذا القانون لا تفعل أكثر من تكريره بأن المواد ٢ و ١٧ من إعلان ١٧٨٩ الفرنسي، تعنيان عدم جواز تقييد مجال الملكية، وحرية المشروع الخاص.

ومن ثم ينحصر عمل جهة الرقابة القضائية في مواجهة المشرع بالقاعدة الدستورية التي خالفها. وهي قاعدة تحكم المشرع، وتحكمها كذلك.

ولن يزيد دورها بالتالي على مجرد نقلها وترديدتها بلسانها *La porte-parole* وفي هذا الإطار يصير المنطق القضائي شبيها بعملية حسابية، تنحصر في إزلال للقاعدة الدستورية على القانون المطعون بعدم دستوريته عن طريق القياس المنطقي الذي يقوم على أن مخالفة القانون لقاعدة تطوره، مؤده أن يصير القانون باطلا.

ولا اجتهد في ذلك من قضاء جهة الرقابة القضائية، وكأنهم مجرد أفواه يرددون معاني تنطق بها نصوص الدستور *les juges n'étant que la bouche qui prononce les paroles de la constitution* فلا تكون لهم أية سلطة في استخلاص معانيها أو تطويرها<sup>(١)</sup>. ذلك أن القاعدة

(١) هذه العبارة مستمدة من مونشكيو في مؤلفه روح القوانين. Liver Xi, chap.6.

الدمستورية أسبق فى وجودها من وجود جهة الرقابة. وهى بذلك لا تنتهها. ولكنها تعطينا بطريقة محايدة.

وما يقول به الوضعيون والطبيعون من تريد جهة الرقابة للقاعدة للمستورية بنفسها وفحواها إنكار لحقيقة المهام التى تقوم جهة الرقابة عليها، وأخصها استبطائها بنفسها مضمون كل قاعدة لها طبيعة دستورية، ومفاضلتها بين المعانى المتعددة التى تحملها؛ واختيارها واحدا من بينها يكون أدنى إلى فهمها لحقيقة دلالتها. وبذلك عملية خلق للقانون تتلخص أراء الوضعيين والطبيين الذين يقولون بأن جهة الرقابة القضائية لا تفعل أكثر من تريد قاعدة دستورية تنقيد هى نفسها بها.

وكأنهم ينطلقون من تصور أن جهة الرقابة على الدستورية لا تأخذ العوامل السياسية فسي اعتبارها، وأنها منكفئة على نفسها، ولا شأن لها بالأوضاع القائمة التى تعاضها. وهو ما يتلخص حقيقة أن هذه الجهة لا تطبق الدستور بأية عمياء. ولكنها تقوم أولا بتحديد معاني نصوصه حتى الواضحة منها. بل هى تفضل بين المعاني التى يحملها النص الواحد، وتختار واحدا من بينها فى إطار عملية خلق وإبداع تتم من خلال التفسير القضائي لنصوص الدستور. فلا تحمل هذه النصوص فى النهاية، غير المعاني التى تنسبها إليها جهة الرقابة على الدستورية، وتربطها بها.

وما يقال من أن جهة الرقابة على الدستورية غير منتخبة، ولا مسئولة عن أعمالها أمام أية جهة<sup>(١)</sup>، ولا يجوز بالتالى أن تبشر دورا سياسيا؛ مردود بأن هذه الجهة تتولى تقييم أعمال السلطة التشريعية وتقويمها، وهى تدعوها إلى تصحيح أخطائها وتبصرها بعواقبها، وتبطل القوانين الصادرة عنها؛ وتحدد كذلك من خلال أحكامها ما ينبغي أن يكون ملوكا رشيدا للقائمين بالمعمل العام فى مواقفه المختلفة.

فضلا عن أن الرقابة التى تبشرها لها نقلها سواء فى مرحلة إعداد الحكومة للقانون، أو على صعيد الحلول حول محتواه فيما بين أعضاء السلطة التشريعية عند عرضه عليها.

(١) يقال أن السلطة السياسية لا تملكها إلا الجهات التى خولها الدستور اختصاص تنظيم أعمال من طبيعة سياسية كالسلطة التشريعية؛ ولا تبشرها إلا جهة يجوز مجلسها أمام الجماهير عن أعمالها ومن ذلك مساهلة الحكومة أمام البرلمان بحجب الثقة عنها؛ ومحاسبة البرلمان من خلال طه، ومراقبة الحكومة من خلال حق الاقتراع الذى قد باتى بأغلبية برلمانية تعادها.

ولم يعد للبرلمان بالتالي -في مباشرته لسلطته التشريعية- أن يخل بأية قاعدة لها قيمة دستورية<sup>(١)</sup>. ذلك إن تمتعها بهذه القيمة، يطعها فوق أجهزة الدولة جميعها، ويؤكد أن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور<sup>(٢)</sup>.

la loi n'exprime pas la volonté generale que dans le respect de la constitution.

وهو ما يعني أن الديمقراطية كما هي قرار الأغلبية، إنها كذلك قرار احترامها لحقوق القود وحرياته من خلال القيم التي حرص الدستور على تثبيتها. مما جعل جهة الرقابة على الشرعية الدستورية في بؤرة الصراع بين الحكومة التي تعتبر أصل كل مشروع يقدم إلى البرلمان من جهة، وفيما يدور داخل البرلمان من جدل وحوار حول المشروع تحدياً أو رفضاً من جهة أخرى. فلا تكون الحكومة، والبرلمان، وجهة الرقابة على الدستورية، إلا عناصر فاعلة في منظومة صناعة القانون، ولكل منها دور مشروع فيها. وإن كان متفاوتاً في درجته.

فالحكومة تعتمد في شرعيتها على ثقة الأغلبية البرلمانية بها. والبرلمان يعتمد في شرعيته على ثقة هيئة الناخبين به. وهو يطرح على ضوء هذه الثقة -بصورة علنية- المشروع المعروض عليه، سواء من جهة ملاءمة نصوصه، أو من زاوية مضمونها.

وشرعية جهة الرقابة أساسها الحيازها لقيم الدستور وانتصافها لحقوق الفرد وحرياته. وقراراتها التي تفرضها على الدولة بكل تنظيماتها، تعطيلها مركزاً متميزاً على مؤسساتها يجعل تفسيرها للدستور لهما. فلا تزلجها فيه جهة قضائية أو غير قضائية.

ولا يعني ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية حرية كاملة في انتقاء الطول التي تستصوبها. إذ تنكث في قراراتها بمجموعة من العوامل تقيمها على حدود الاعتدال لا التحكم. فالبرلمان وأساتذة الجامعة والمحامون والمزارعون والعمال يشيرون للدستور كل وفق ما يراه أكثر صواباً لأحكامه. وإلى جانبهم رجال الصحافة بصفوفها وتحتلها آراء الجماهير في اتجاه دون آخر. ومعهم كذلك جماعات الضغط على اختلافها كالجمعيات وال نقابات -العالية والمهنية-

(١) C. C. 81 - 132 D. C., 16 janvier 1982 . R. p. 18.

(٢) C. C. 85 - 197 D. C., 23 Août 1985 . R. p. 70

فلا تكون آراؤها غير قوة لها تأثيرها على جهة الرقابة على الدستورية، تجعلها أكثر حذرا في تقريراتها، خاصة إذا قبلتها سوابقها القديمة بمفاهيمها<sup>(١)</sup>.

وفي ظل هذه الأوضاع، كان على الجهة القضائية للرقابة على الشرعية الدستورية، أن توافق بين الآراء المختلفة؛ وأن تحرص على موضوعية أحكامها؛ وأن تقيم رابطة منطقية بينها تكفل تماسكها، وتحول دون تعرها، فلا تتباعد أو تتناقض اتجاهاتها، حتى يظل القبول بأحكامها قائما من منطلق قوة الإقناع، ويقتطع الضمير. فما تقرره جهة الرقابة على الدستورية من أن كرامة الإنسان وصونها، أصل كل حرية يطلبها، ووعاء لحقوقه جميعا؛ لا يجوز أن يكون تعبيرا منفلتا دون ضابط، ولا ملتبسا عن سلطة تقديرية كاملة تخولها أن تقرر ما تريد؛ وإنما عليها أن تقيم لهذه القاعدة أسسها ودعاماتها التي يثقها الناقلون لها، فلا تكون صحتها ومثانة حجتها، غير دعوة مفتوحة للانضمام إلى تقريراتها.

وفي ذلك ما يحمل جهة الرقابة على الدستورية على أن تبصر أحكامها حقيقة الأوضاع التي تحيطها؛ وأن تقرر وجهات النظر المختلفة التي تتصل ببعض نقاطها؛ وأن تكون أسبابها متواصلة منطقيا في غير انقطاع، وتساندها في أصولها وفروعها مفضيا إلى منطوقها، دالا على ارتباط مقدماتها بنتائجها. فلا تكون القاعدة الدستورية التي ترسيها جهة الرقابة إلا مرجحة مصالح لها خطرها؛ ومنبئة عن تطور في اتجاه التقدم.

وفي ذلك ما يمايز بين النظم الشمولية والنظم الديمقراطية. ذلك أن أولاهما تنظر إلى حقوق الفرد وحياته على ضوء مفاهيم تفرضها أيديولوجية تبنتها، ولا تتسامح في جدل يدور حول توسعتها أو كيفية تطبيقها إلا في الحدود التي تأذن بها.

ولا كذلك النظم الديمقراطية التي لا تتخلق معها مفاهيم الحق والحرية. بل تكون مقبحة معانيها، متطورة مقاصدها، في إطار دائرة من الحوار تتنوع مجالاتها، وتتعدد حلقاتها، وتطرح بأدواتها ما تراه صائبا في تقديرها. فلا تنفرد الأغلبية بتقرير كل شأن عام، ولا تكون لها شوعية نهائية تحول دون محاسبتها عن أخطائها.

(١) Charles Cadoux, Droit constitutionnel et institution politiques, quatrième édition, p. 299-315.

وفي ذلك المحيط، تعمل جهة الرقابة على الدستورية التي تطرح بأحكامها لتقييم التي احتضنها الدستور. فلا تنظر إلى خياراتها في المسائل المعروضة عليها باعتبارها حلولاً نهائية لها. وعليها بالتالي أن تقبل بصورة مطردة كل تطور في المفاهيم التي تتجسد على ضوءها دستورية النصوص القانونية، وأن تقرر للمواطنين الحقوق الأکفل لمصالحهم، ولو لم ينص عليها الدستور، كلما أمكن ربط هذه الحقوق بأحكامه. وفي ذلك تعميق للديمقراطية.

### المبحث السادس

#### أثر المفاهيم الديمقراطية على المحكمة الدستورية العليا

٢٨٦- ثمة حقيقة لا نزاع فيها، هي أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية لن تحقق ما يراد لها من تطور، ولن تبلغ الآمال المعقودة عليها في غيبة الديمقراطية المتكاملة في أركانها ووسائلها وأهدافها؛ ولتني تعارض بمفاهيمها نظرية الخطوط الحمراء التي لا يجوز اجتيازها أو الفواصل التي لا يجوز تخطيها؛ والمسائل التي لا تجوز مناقشتها إلا وراء جدران مغلقة؛ والحلول الجزئية لأوضاع قائمة بظلمها وتفرقها بين المواطنين؛ والحوالجز التي تقيد مضمون الحوار وطرائقه؛ والتلون بالانتهازية وبريق الأطماع وصولاً إلى المراكز المؤثرة في اتخاذ القرار؛ وإحلال تركيز السلطة محل توزيعها؛ واستقرارها في يد من يتولاها إلى غير حد، بدلا من تداولها من خلال حق الاقتراع كي يظفر بها من يستحقها عدلا لا بهتاناً مغالبة لا زلفى.

ولا تزال السلطة في الدول النامية -حتى اليوم- بيد فئة محدودة تطو بموقعها فوق كل الجباه، وتستبد بوسائلها بكل أمر، وتظهر خصومها بكل الطرق. وحتى الذين يناصرونها، لا يؤمنون حقاً بها، وإنما يقدّمون قربانهم إليها حتى يحظوا بموطئ قدم لديها، ويحصلون منها على المزايا التي تكافئهم بها، والفرص التي تتيحها لهم بغير الحق. فلا تكون هذه المزايا والفرص إلا أسلحة يتقاسمونها، وغنائم يختصمون بها بالمخالفة للقانون.

والمواطنون إلى جانبهم قابضون في أماكنهم لا يتحولون عنها حتى لا تتألم السلطة بفجسها وتمردتها، بعد أن صار القانون أداة بطشها تصوغ نصوصه بالكيفية التي تراها، وبالمقاييس التي تستصوبها.

ولا تزال شهوة السلطة بريقا خاطفا للأبصار. وطغيان نفوذها قاهرا لكل القيم، وإفكها يتخذ من الشرعية التي يناهضها ثوبا وإطارا.

وكان من المفترض أن تؤثر مثل هذه الأوضاع في الكيفية التي يتباشر بها المحكمة الدستورية العليا ولايتها؛ وأن تعجزها عن القيام بمهامها، لولا أن رجالها كانوا أحد بصرا بأمل مواطنيهم وطرق تحقيقها؛ وكان عليهم أن يردوا المسائل المتنازع عليها إلى أصولها في الدول

الديمقراطية؛ فأجروا عليها مقياسها وقرروا في أحكامهم أن حقوق الإنسان وحياته في مصو لا يتحدد مضامينها، ولا ضوابط ممارستها إلا وفق للمعايير التي التزمها الدول الديمقراطية واتخذتها أسلوباً لحياتها، فلا تكون لحقوقهم وحياتهم هذه معايير ضيقة تنال من جوهرها، بل هي الأفاق الديمقراطية الأرحب والأعمق، تسعها في كل تطبيقاتها، وتزوجه بالقيم التي احتضنها الدستور، ويخصائص الدولة القانونية في نظمها وتوجهاتها؛ وبضرورة أن تكون الحرية في معناها الحق، هي إرادة الاختيار والإبداع وسلطة التقرير<sup>(١)</sup>.

---

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس حيث تقول المحكمة أن مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في دولة القانون عليها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي التزمتها الدول الديمقراطية بإطراده واستقر العمل على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة.

وأنظر كذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٤١ وما بعدها من الجزء الثامن حيث تقول المحكمة الدستورية العليا إن الإبداع ليس إلا موقفاً حراً واعياً يتناول ألواناً من العلوم والفنون تعدد أشكالها وطرائق التعبير منها. وهو في حياة الأمم إثراء لها ولداة لبراعتها.

### الفصل الرابع عشر

### الرقابة القضائية على الدستورية وتنوع مصادرها

#### المبحث الأول

#### تنوع مصادر الشرعية الدستورية

٢٨٧- تتنوع المصادر التي تحكم إليها جهة الرقابة القضائية على الدستورية في مجال الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها. فلا يكون الدستور وحده مرجعها، وإنما تقوم إلى جوارحه نصوص أخرى لها قيمة دستورية كوثائق إعلان الحقوق.

وتنوع هذه المصادر يفيد بالضرورة تغاير معانيها، وتفرق توجهاتها واحتمال تعارضها فيما بينها Hétérogénéité بالنظر إلى اختلافها في الحقائق التاريخية التي تحيط بها، وتباين ظروفها، وتنوع المفاهيم الفلسفية التي قببتها، فلا يكون نسجها، ولا وقت صدورها، متجانسا، ولا تربطها ببعض وحدة المفاهيم التي وجهتها ولا القيم التي احتوتها، ولا الأجواء التي لا يستها.

ذلك أن ما يميز تلك المصادر هو التعارض لا التوافق، بل إن تناقضا فيما بينها يعتبر جوهر خصائصها Le caractéristique principale.

فالحقوق المدنية والسياسية كحرية التعبير والحق في الحياة وحرية التنقل، مقرر أصلا لمصلحة الفرد في مواجهة الدولة التي يتعين عليها ألا تتدخل في هذه الحقوق إلا في أضيق الحدود سواء لضمان الوسائل الأفضل لانتفاع المواطنين بها أو تأكيد ذاتيتهم، أو لتحقيق التوافق بين مباشرتها وحقوق الآخرين، فلا يضلون بسببها.

ولا كذلك الحقوق الاجتماعية والاقتصادية التي تقتضي تخطا إيجابيا من الدولة بجعلها مدينة بها Droits - créances لمصلحة الأفراد والجماعات كضمانها حدا أدنى من الدخول وتوفيرها المعاهد التعليمية ولداؤها، وكفالتها الوسائل الطبية التي تصون بها صحة مواطنيها وتقيهم مخاطر الأمراض على اختلافها. وهذه الفوارق بين هذين النوعين من الحقوق هي التي يبنيتها المحكمة الدستورية عليها بقولها:

الأصل في الحقوق المدنية والسياسية، هو اتسامها بإمكان توكيدها قضاء justiciable وإنفاذها جبرا Enforceable ذلك أن مجرد امتناع الدولة عن التدخل في نطاقها دون مقتض، يعتبر كافيا لضمانها. وعليها بالتالي ألا تتلى أفعالا تعارضها أو تنقضها.

وعلى نقيض ذلك لا يتصور ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية إلا من خلال تدخل الدولة إيجابيا لتقريرها عن طريق الاعتماد على مواردها الذاتية التي تنتجها قدراتها، بما موداه، لأن الحقوق الاجتماعية والاقتصادية هي التي تتاهض الفقر والجوع والمرض، ويستحيل بالنظر إلى طبيعتها صونها لكل الناس في آن واحد، بل يكون تحقيقها داخل الدولة، مرتبطا بأوضاعها وقدراتها ونطاق تقدمها، وعمق مسؤولياتها قبل مواطنيها، وإمكان النهوض بمطالباتها.

فلا تنفذ هذه الحقوق نفاذا فوريا، بل تنمو وتتطور وفق تدابير تمتد زمنا، وتتساعد تكلفتها بالنظر إلى مستوياتها وتبعاتها لنطاقها، ليكون تدخل الدولة إيجابيا لإيفائها، مستتبعا، واقعا في أجزاء من إقليمها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مظلتها على المواطنين جميعا<sup>(١)</sup>.

كذلك لا يتعلق للتأخير في الحقوق بما هو منصوص عليه منها في الدستور. وإنما تتفاوت كذلك وثائق إعلان الحقوق في مبادئها وتوجهاتها.

ذلك أن منها ما يقدم للفرد على الجماعة، وتظهر نزعة الفردية شديدة الوضوح. ومنها ما يؤسس الديمقراطية على القيم الاقتصادية والاجتماعية التي تقدم الحقوق الجماعية على الحقوق الفردية. بل إن الدساتير ووثائق إعلان الحقوق لا تتعارض فقط في الخطوط العريضة التي تعمل في إطارها. وإنما كذلك في مكوناتها.

فالعامل الذين يضربون عن العمل، يخلون بحق المرافق في ضمان انتظامها حال أن إضرابهم يعتبر من الحقوق ذات القيمة الدستورية التي تقوم إلى جوار حق المرافق في تأمين سيرها المنتظم. وكلاما بالتالي حقان دستوريان<sup>(٢)</sup>.

(١) دستورية عليا "قضائية" رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٤/٦ - قاعدة رقم ٣٣ - من ٥٥١ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) C. C. 79- 105 D.C., 25 juil. 1979, R.p. 33.

كذلك فإن الحرية الفردية وما يقارنها من الحق في التنقل جيلة وذهابا، قد تناقض حق الجماعة في ضمان أمنها وتحقيق خيرها العام. وكلاهما حقان دستوريان<sup>(١)</sup>. وتخل حرية العامل في تحديد أجره، بحق منظمته النقابية في التدخل لتقرير شروط عمل أفضل لمصلحة أعضائها. وكلاهما مبدآن دستوريان يتفرع أولهما عن حق للعامل في تقرير شروط العمل الذي دخل فيه باختياره؛ وثانيهما عن الحرية النقابية<sup>(٢)</sup> وتعارض حرية للتظيم، حرية الاعتقاد. وكلاهما مبدآن دستوريان<sup>(٣)</sup>.

(١) C. C. 81- 127 D.C., 19- 20 janu 1981, R.p. 15.

(٢) C. C. 89- 256 D.C., 25 juil. 1989, R.p. 53.

(٣) C. C. 77- 87 D.C., 23 nov. 1977, R.p. 42.

### المبحث الثاني

#### التوفيق بين مصادر الشرعية الدستورية حال تعارضها

٢٨٨- وهذه الصور من التعارض وما يمثّلها، والتي تنطبق جميعها بالحقوق التي تكلفها المبادئ ووثائق إعلان الحقوق في مضمونها الداخلي، وإن أمكن إزالتها من خلال التوفيق بين الأحكام التي تنظمها وتحديد إطار لكل منها، إلا أن بعض صور التعارض يستحيل توفيقها مع بعضها، ومن بينها التعارض المطلق بين حق العمال في الامتناع عن العمل، وحق المرافق فسي ضمان تشغيلها من قبل العاملين فيها، فلا يطرأ لقطاع على سيرها المنتظم..

وتظل الحقيقة الثابتة التي تظل دوما برأسها هي أن نصوص الدستور ووثائق إعلان الحقوق، قد تتعارض فيما بينها، وأن وثائق إعلان الحقوق ذاتها قد ينقض بعضها البعض حال تحددها؛ وأنه حتى في نطاق الوثيقة الواحدة، فإن أحكامها قد لا تتوافق في مضمونها. وقد يفترق بعضها إلى التحديد، فلا تكون ممانتها قاطعة جلية.

ويظهر ذلك بوجه خاص في المبادئ التي تقوم عليها الوثيقة الدستورية. ذلك أن عيود عبارتها يغاير بينها وبين القواعد القانونية التي يحيط بالتفصيل الدقيق بأحكامها، ويظل واضحا أن ما هو جلي من نصوص الوثيقة الواحدة، لا يمثل كثرتها. فما تنص عليه المادة ٨ من إعلان ١٧٨٩ الفرنسي من أن القانون لا يجوز أن يقرر عقوبة جنائية ما لم تقررهما الضرورة الظاهرة المتناهية في شدتها *Strictement et évidemment nécessaires*، يقسم بالفوض، إذ لا تكين هذه المادة حقيقة المقصود بالعقوبة التي يجوز فرضها. وحق العمال في الإضراب عن العمل، وإن كان واضحا في معناه، إلا أن حرية تداول الأفكار والآراء تقتضي إلى التحديد. فهل تتوجه هذه الحرية إلى من يروجون هذه الآراء أو إلى من يثقلونها؟! وهل حرية وسائل الإعلام هي حرية تملكها، أم حرية الاتصال بها والنفذ إليها.

وتظل كافة النصوص ذات القيمة الدستورية -وأيما كان قدر وضوحها- مصدر الرقابة القضائية على الدستورية ومرجعها، سواء في ذلك تلك التي تتعلق بضرورة العقوبة<sup>(١)</sup> أو بشأن الأفراد في أشخاصهم وأموالهم وصحتهم<sup>(٢)</sup>؛ أو بحرية تكفك الأفكار والآراء والأفكار من روادها

(١) C.C. 81- 127 D.C., 20 janv. 1981. R.p. 15.

(٢) C.C. 80- 117 D.C., 22 juil. 1980. R.p. 42.

المختلفة<sup>(١)</sup> أو بالحق في الحصول على عمل<sup>(٢)</sup>. كذلك فإن غموض الوثيقة الواحدة أو الوثائق المتعددة في بعض أحكامها، أو حتى تناقضها فيما بينها، وإن كان حقيقة قائمة لا يجوز غرض القبر عنها، إلا أن غموضها أو تعارضها لا يجوز أن يكون مدخلا إلى تمحيها، ولا أن يؤدي إلى تهاتها فيما بينها.

فما غرض من نصوصها لا يجوز استبعاده. وليس لنصوصها الجلية قيمة أكبر من مساوها. والتوفيق بين أجزائها حال تعارضها من الأغراض التي تقوم عليها جهة الرقابة القضائية على الدستورية. وهي تقوم صلة منطقية بين الحقوق السياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، ونرفض تقرير أولوية لبعضها على بعض. ذلك أن الحقوق التي نكفلها الوثائق الدستورية -رأيا كانت دولتها أو الفلسفة التي تقوم عليها- لا تخرج فيما بينها، ولا يجوز ترتيبها بصورة متساعدا على ضوء أهميتها العملية، حتى لو كان بعض هذه الوثائق مكملا لبعضها الآخر. ذلك أن تكملتها لها تفيد سد الفراغ فيها، وتتل على تضام تلك الوثائق بما يكفل مساندة بعضها لبعض، ومعاملتها عن قدم المساواة للكاملة.

#### ٢٨٩- وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها<sup>(٣)</sup>:

>>>من المقرر أن حقوق الإنسان وحريته التي كفلها الدستور لا تخرج فيما بينها ليطو بعضها على بعض. بل يتعين النظر إليها بوصفها فيما عليها تنظم حقوقا لا تنقسم، فلا يجوز تجزئتها، بل يكون ضمائها في مجموع عناصرها ومكوناتها، لازما لتطوير الدول لمجتمعاتها وفق قواعد القانون الدولي العام، التي تشكل في التطور الراهن لهذه الحقوق، كثيرا من ملامحها.

ولئن جاز القول بأن لبعض هذه الحقوق -كذلك التي تتعلق بالشخصية القانونية لكل إنسان، وألا تفرض عليه عقوبة يكون تطبيقها رجحيا، أو مهينا، أو كاشفا عن قسوتها، ولا أن يكون مسخرا لغيره أو مسترقا- خصائص تكفل ضمائها في كل الظروف، فلا يجوز تجريد أحد من محتواها، أو إزالتها بقيود تتل منها، وأنها بصفتها هذه تعتبر مفترضا أوليا لقيام غيرها من

(١) C.C. 82- 141 D.C., 27 juil. 1982. R.p. 48.

(٢) C.C. 81- 134 D.C., 5 janv. 1982. R.p. 15.

(٣) القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٤/٦ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٥٦٦ - ٥٦٧ من الجزء السابع من أحكامها.

الحقوق، بل ولممارستها في إطار ملائم؛ إلا أن حقوق الإنسان جميعها، لا يجوز عزلها عن بعض، ولو كان لبعضها دور أكبر لصلتها الوثقى بوجوده وأهميته. بل يتعين أن تتوافق وتتآغم فيما بينها، لتتكامل بها الشخصية الإنسانية في أكثر توجهاتها عمقا ونبلا.

يؤيد ذلك أن إنهاء التمييز على أساس من العنصر أو الجنس أو العرق أو العقيدة، يمكن أن يؤثر بصورة جوهرية فيما تقرره الدولة لمواطنيها من التكابير الاقتصادية والاجتماعية التي تعيد بها بناء القوة السياسية وتوجيهها. كذلك فإن صون حرية التعبير والاجتماع للمواطنين، يعتبر عازلا ضد جنوح المسلطة وانحرافها، وضمانا لفرص أفضل لتطوير مجتمعهم ليكون مدنيا نابضا بالحياة».

### المبحث الثالث

#### تعلون الوثائق الدستورية لا تتأخرها

٢٩٠- فضلا عما تقدم ليس للوثائق الدستورية الألق في صدرها Lex posterior قيمة أكبر من تلك السابقة عليها، فليس ثمة حقوق قديمة وأخرى حديثة بما يقدم أحدثها على أقدمها، وليس ثمة حقوق تقتضيها الأوضاع المعاصرة Droits nécessaires à notre temps، تكون أعلى قدرا من الحقوق التي كفلتها وثائق ماضية Droits de caractère dépassé.

وليس أدل على ذلك من الرجوع إلى ديباجة دستور ١٩٥٨ التي تحيل إلى كل من إعلان ١٧٨٩ وديباجة دستور ١٩٤٦، وتجعلها جزءا من الدستور القائم بما يؤكد انطواءهما على قيم لا يجوز التخلي عنها مفاهيم معاصرة، ويفيد تساويهما في القوة والأثر بعد الاقتراع الجماهير عليها معا في استفتاء ١٩٥٨/٩/٢٨. كذلك فإن التمييز بين الحقوق على أساس أهميتها يفيد بالضرورة ترتيبها فيما بينها وفق معايير شخصية تقتدر إلى الدعائم التي ترجحها.

ويتعين بالتالي للنظر إلى الحقوق التي تدرجها الوثائق الدستورية في صلبها، لا على أبسّاس أن بعضها أكثر دستورية من غيرها Plus constitutionnel qu' d' autres، ولا على أنها تتفوق ولا تتكامل؛ ولا على أن بعضها لا يعتبر مضافا إلى غيره، أو محددا محتواه؛ ولا أكثر أهمية من سواه.

وإذا كان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تفاضل بين هذه الحقوق، فليس ذلك بالنظر إلى ترتيبها وعلو بعضها على بعض، أو اتساع دائرة تطبيقها أو حصرها. وإنما بقصد اختيار القاعدة الأقرب لحل النزاع، والأكثر اتصالا بأبعاده.

ويقتضيها ذلك أن تجل بصرها في كل حالة على حدة، وأن تقدم أصوب الطول التي ترتبها من خلال عملية انتقائية تجريها فيما بين القواعد المختلفة ذات القيمة الدستورية، والتي تتزاحم فيما بينها على حكم العلاقات القانونية التي يطرحها النزاع المعروض عليها، فلا ترجح من بينها غير أكثرها ملاءمة لها. وليس ذلك إلا تحكيما يقدم القاعدة الأقرب لحل النزاع على مساها. وفي إطار هذه الدائرة تباشر الجهة القضائية رقابتها على الشرعية الدستورية.

ولئن كان يجوز لهذه الجهة أن تفاضل دستوريا بين الحقوق التي تكفلها الدساتير، وغيرها من الوثائق التي لها حكمها؛ إلا أن من الفقهاء من يقول بجواز أن تغاير الجهة القضائية في نطاق الحماية التي تكفلها للحقوق، بالنظر إلى مضمون كل حق منها<sup>(١)</sup>.

بيد أن وجهة لنظر هذه بنفيا أن للقاتلين بها غير متفقين فيما بينهم على قائمة الحقوق التي تقتضى حماية أكبر من غيرها. فمنهم من يقدم الحرية الفردية، وحرية التعبير وحرية الصحافة، وحرية العقيدة، على مساواة<sup>(٢)</sup>.

ويركز آخرون على حرية التعبير والعقيدة والحق في الاجتماع وحرية التعليم<sup>(٣)</sup>. ومنهم من يعطى أولوية في الحماية لحقوق الإنسان جميعها، كالحق في الحرية، وفسي الأمن، والملكية والتمرد على الطغيان<sup>(٤)</sup>. واختلافهم على هذا النحو في قائمة الحقوق الأجر بالحماية الدستورية، يؤكد الطبيعة الشخصية لاجتهاداتهم، ولأن مألها إلى التمييز بين الحقوق، وإلى تصنيفها على ضوء أهميتها، بما يفيد ترتيبها وتدرجها. وهو أمر غير مقبول بالنظر إلى تكافؤ الحقوق جميعها، وتساويها في مدارجها، لا استثناء من ذلك إلا بالنسبة إلى التحدية التي يعطيها المجلس الدستوري الفرنسي قيمة مطلقة كأحد شروط الديمقراطية<sup>(٥)</sup>. Le respect du pluralisme est une des conditions de la démocratie أو هي أساسها<sup>(٦)</sup> le fondement de la démocratie.

وفيما عدا التحدية، ليس ثمة حرية أو حق أو مبدأ من طبيعة مطلقة، وإنما يجوز تنقيدهم.

(١) Dominique Rousseau, Droit du contenu constitutionnel, 4 e édition, p. 114.

(٢) Bruno Genevois, la marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, E. D. C. F. 1988, no 40, p. 181.

(٣) Louis Favoreu, les libertés protégées par le conseil constitutionnel, in conseil constitutionnel, Cours Européenne des droits de l'homme, p. 33.

(٤) Domonique Turpin, contentieux constitutionnel, P.U.F., droit fondamental, 1986, p. 86.

(٥) C. C. 82- 141 D. C., 27 juil 1982, R. p. 48; C. C. 84- 181 D. C., 10- 11 Octo. 1984, R. P. 28.

(٦) C. C. 86- 217 D. C., 18 sep. 1986, R. p. 141; C. C. 89- 271, D. C., 11 janv. 1990, R. P. 21.

فالحائزون لأسهم يملكونها، يجوز تقييد حريتهم في النزول عنها<sup>(١)</sup> كذلك فإن حرية تكوين المشروع الخاص، يجوز تقييدها وفق مقتضيات الصالح العام<sup>(٢)</sup> ويجوز كذلك فرض قيود على الإعلان عن الطباقي والكحول والدعاية لترويجها، وذلك بالنظر إلى إخلال التعامل فيها بصحة المواطنين<sup>(٣)</sup>.

كذلك يجوز تقييد الحرية الشخصية وحرية الانتقال لحماية أغراض ذات قيمة دستورية تقتضيها المصلحة العامة<sup>(٤)</sup>. وحرية التعليم يجوز تقييدها كذلك من خلال تدخل الدولة وإشرافها على تعيين المعلمين بالنظر إلى المعونة المالية التي تقدمها إلى المعاهد التعليمية<sup>(٥)</sup>، ودون إخلال بحرية العقيدة التي يؤمن المعلمون بها<sup>(٦)</sup>.

وتوافق جهة الرقابة القضائية على الدستورية بين حق المرافق العامة في ضمان سيرها المنتظم؛ وبين حق العمال في الإضراب<sup>(٧)</sup>، ثم بين هذا الحق وحماية الأموال؛ وتعمل هذه الجهة كذلك كحكم في مجال التوفيق بين الحرية الشخصية في تحديد الأجر؛ وبين حرية التفاوض حول مقداره بصورة جماعية.

وفي كل هذه الفروض تقبل الحقوق جميعها - وفيما عدا الحق في التعددية - تقييدها بما لا يخل بجوهرها. وتعتبر هذه القيود إطاراً لمباشرتها، ومن أوصافها التي لا تفصل عنها، والتي لا شأن لها بتدرجها أو بترتيبها فيما بينها.

كذلك فإن المبدأ الولد ذا الطبيعة الدستورية، يجوز أن يقيد بصور مختلفة، عيسى ضوء أوضاع متغيرة، ولا يجوز بالتالي تقسيم الحقوق إلى حقوق يجوز تقييدها بدرجة أكبر، وإلى حقوق يجوز أن تكون القيود عليها أقل؛ ولا أن ينظر إلى الحقوق حال سكونها لتحديد نطاق القيود على الحقوق التي يجوز فرضها عليها.

(١) C. C. 89- 254 D. C., 4 juil , 1989, R. P. 41.

(٢) C. C. 89- 254 D. C., 4 juil , 1989, R. P. 41.

(٣) C. C. 90- 283 D.C., 8 Janv. 1991, R.P. 11.

(٤) C.C. 85- 187 D.C., 25 janv. 1985, R.p. 43.

(٥) C.C. 84- 185 D.C., 18 janv. 1985, R.p. 36.

(٦) C.C. 77- 87 D.C., 23 nov. 1977, R.p. 42.

(٧) C. C. 89- 257 D.C., 25 juil. 1989, R.p. 59.

وإنما الحقوق في حركتها وفي إطار الأوضاع التي تقارن مباشرتها، هي ضوابط تنظيها.

فالقيد التي فرضها المشرع على الإعلان عن الطبايق والكحول، وإن كان لا نزاع في أساسها بالحق في الملكية وبحرية تكوين المشروع الخاص؛ إلا أن تلك القيود يبررها أن ضمان صحة للمواطنين، يعتبر بلا نزاع مبدأ دستورياً<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن حرية تبادل الآراء والأفكار، وإن كان الدستور يصونها، ويرفض بالتالي تطبيق إصدار الصحافة المقروءة على ترخيص سابق؛ إلا أن هذا الترخيص يكون مطلوباً كقيد على هذه الحرية ذاتها كلما تعلق الأمر بصون القيم الخلقية التي قد تخطر بها وسائل الإعلام السمعية والبصرية<sup>(٢)</sup>.

ويبقى حرية تكوين الجمعية، تعلق إنشائها على ترخيص سابق، ما لم تكن الجمعية لجنسية<sup>(٣)</sup>.

وتتفاوت القيود التي يجوز فرضها على الحق في الإضراب، على ضوء أهمية المرفق العام، فتكون هذه القيود أكبر في المرافق التي تعمل بالطاقة النووية أو تحفظها، وأقل حدة في مرافق الراديو والتلفزيون.

ويبطل بالتالي كل تعميم للقيود التي يجوز فرضها على المرافق العامة، والتي لا يعتد في تحديد نطاقها، لا بأهمية المرفق، ولا بحجم الأضرار التي تلحق المنتفعين به من جراء توقفه عن العمل<sup>(٤)</sup>.

وهذا التوازن بين الحقوق حال حركتها، والقيود التي يجوز فرضها عليها في أوضاع تلاعبها؛ مؤداه ضرورة النظر إلى هذه الحقوق وقت انتقالها من صيغها المجردة إلى تطبيقاتها العملية، وأن ندرج جهة الرقابة القضائية بالتالي كل حالة على حدة على ضوء ظروفها، وبمراعاة أن المبدأ الواحد قد يتغير قيوده على ضوء أوضاع تطبيقه.

(١) C.C. 90-283 D.C., 8 janv. 1991, R.p. 11.

(٢) C.C. 86-217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

(٣) C.C. 71-44 D.C., 16 juil. 1971, R.p. 29.

(٤) C.C. 80-117 D.C., 22 juil. 1980, R.p. 42; C.C. 79-105 D.C., 25 juil. 1979, R.p. 33; C.C. 87-230 D.C., 28 juil. 1987, R.p. 48.

بيد أن هذا التقدير، وإن كان شخصياً تتولاه جهة الرقابة بنفسها ووفق معاييرها؛ إلا أن شخصية التقدير لا تعنى التحكم، ولا تقضى بالضرورة إلى سلطة مطلقة.

وإنما تحمل الجهة القضائية للرقابة في إطار علاقة منطقية بين الحقوق ومتطلباتها من جهة بما يكفل فعالية ممارستها؛ وبين محيط عام يتصل بأوضاع مباشرة هذه الحقوق من جهة أخرى، ولا يعزلها بالتالي عن بلدها، ولا عن سلطاتها، وأحزابها، وفقهائها، وآراء مواطنيها؛ ولا عن الحدود الأوسع لمجتمعها. ذلك أن المحيط العام من حولها يضبط حركتها، ويفرض عليها موضوعية التقييم للقيود التي يجوز فرضها، وتلك التي يتعين رفضها.

وهي تفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها أخذاً في اعتبارها عوامل شتى تختلف أهميتها على ضوء خصائص الحالة المعروضة عليها، من بينها درجة قوة الحجج التي طرحها الناقدون لهذه النصوص والمدافعون عنها، ودولاعهم السياسية. فضلاً عن الأوضاع السياسية بوجه عام، وكذلك تلك التي تحيط بوجه خاص بالخصومة الماثلة أمامها، وطبيعة المسائل التي تتناولها ودرجة تعقدها، وردود الفعل التي تقارن للحكم الصادر فيها، وأثره على تطور مجتمعها، وضوابط القيم التي ينبغي أن يكفلها.

وعليها أن تستلهم في ذلك أقوال الفقهاء، والقضاء المقارن، وبما لا يخل بالترابط المنطقي بين هذا الحكم وأحكامها المماثلة، لتعمل جميعها في إطار منظومة واحدة تتصل فيها الحقوق التي تؤكد بعضها ببعض، فلا تتناثر أوجه حمايتها.

وهذه العوامل المختلفة هي التي تفرض ضغوطها على جهة الرقابة القضائية، فلا تكون أحكامها غير تفاعل معها. وهي تطور مفاهيمها القضائية كي تكفل لمجتمعها السير في اتجاه التقدم *La marche vers le progrès*، ولو تم ذلك بخطى وثيدة<sup>(١)</sup>.

(١) Jacques Robert, le Conseil constitutionnel en question, le Monde 8 déc. 1981.

الفصل الخامس عشر  
الرقابة القضائية على الدستورية  
في حدودها الداخلية والخارجية

٢٩١- وما تقرره المحكمة الدستورية العليا من خضوع النصوص القانونية لفرائض الدستور في متطلباتها الشكلية والموضوعية، يقابل ما يقرره القضاء المقارن من الفصل في دستورية النصوص القانونية، سواء من جهة حدودها الخارجية التي تلبس ضوابطها الشكلية؛ أم من زاوية حدودها الداخلية التي تنطلق بمدى اتفاق مادة القانون أو محتواه ومضامين الدستور.

المبحث الأول  
مناط الرقابة القضائية للحدود الخارجية للنصوص القانونية  
Le contrôle de la constitutionnalité externe

٢٩٢- يقصد بالحدود الخارجية للنصوص القانونية، أن تصدر السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية تشريعا بالمخالفة للقيود الشكلية التي تطلبها الدستور فيه. وأكثر ما يتحقق ذلك في الأحوال التي لا تلتزم فيها السلطة التشريعية بحدود ولايتها، سواء بطريقة إيجابية أو سلبية. فيكون عدم اختصاصها إيجابيا L'incompétence positive إذا أقرت قانونا عاديا في مسائل قصر الدستور تنظيمها كلها أو بعضها على القوانين العضوية<sup>(١)</sup> في الدول التي تفرق بين هذين النوعين من القوانين. وكذلك إذا أقرت قانونا في المسائل التي احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية.

وقد يكون عدم اختصاص السلطة التشريعية سلبيا بتحقيق بتخطيها عن مباشرة اختصاص يدخل ولايتها<sup>(٢)</sup>. كأن تعهد إلى سلطة محلية بفرض ضريبة لا تدخل في اختصاصها، أو تكفل إليها أمر تحديد وعائنها أو سعرها أو تاريخ بدء سريانها؛ أو تحول إلى منظمة وطنية أمر تحديد القواعد التي يتحول بها القطاع العام إلى قطاع خاص، أو تقرير القواعد التي تقيد من احتكر وسائل الاتصال، وبوجه خاص تلك التي تكفل للتحديد الصحافة<sup>(٣)</sup>.

(١) C.C. 86- 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

(٢) C.C. 81- 123 D.C., 17 Jan. 1982, R.p. 18.

(٣) C.C. 86- 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

فالتفويض في هذه الصور جميعها يفيد تخلي السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها في الوقت الذي لا يدعوها الدستور فقط إلى تولي مهامها؛ وإنما يكلفها كذلك بالنهوض بها، وبحملها على أن تقرر كافة القواعد الرئيسية التي تدخل في اختصاصها، حتى لا تترك للجهة التي فوضتها -إدارية كانت أم غيرها- سلطة تقديرية عريضة.

ذلك أن القانون، وكلما أحاط بالقواعد الرئيسية التي يقوم عليها، كان حائلاً دون إخلال آخرين بولاية السلطة التشريعية التي تتدخل جهة الرقابة على الدستورية في هذه للفروض لصون حدودها، حتى لا يكون تخليها عن بعض مظاهر ولايتها، نكولاً سلبياً عن مباشرتها؛ مثلاً يعتبر خروجها عن حدود هذه الولاية، تعدياً إيجابياً على سلطة تملكها غيرها.

ويمستهنز تخلي السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها أكثر صور الرقابة على الدستورية صرامة. بل إن جهة الرقابة على الدستورية، تظهر في مواجهة هذا التخلي، وكأنها المدافعة عن ولاية السلطة التشريعية، للحريصة على أن تكون تشريعاتها وافية في مبادئها وقواعدها، بما يكفل تحقيق أهدافها.

وكلما كان التفويض للصادر عن السلطة التشريعية مرناً غير قاطعة حدوده، فإن الجهة التي فوضتها في اختصاصها، تتحول إلى سلطة نهائية للتقرير، فلا تكون سلطة مقيدة، بل مطلقة.

ولأن تخلي السلطة التشريعية عن ولايتها، يعود إلى تسليمها من مباشرتها، فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تتردد في أن تواجهه من تلقاء نفسها *D'office*، إذا لم يكن الطاعن قد فطن إلى هذا العوار، أو كان لم يعبأ به<sup>(١)</sup>.

على أن المطاعن للشكليات التي تتصور النصوص القانونية، لا تقتصر على إقحامها ولاية إختص الدستور غيرها بها، ولكنها تشمل كذلك كل خلل إجرائي في النصوص القانونية، إذا كان الدستور قد حظر الوقوع فيه. ذلك أن مثل هذا الخلل -أيما كان قدره أو أثره على عملية إقرار القانون- مؤداه بطلان النصوص القانونية التي تعلق كل خلل إجرائي في النصوص القانونية، مؤداه بطلانها، أيما كان قدر هذا الخلل، أو أثره على عملية إقرار القانون.

(١) C.C. 83 165 D.C. 20 janv. 1984. R.p. 38.

ويعتبر خلا إجرائيا يبطل القانون بوجه خاص، حرمان أعضاء السلطة التشريعية أو بعضهم من حقهم في التعبير عن آرائهم فيه، أو الخوض في بعض جوانبه، أو من الحصول على أية معلومة يرونها لازمة لتقييم النصوص التي تضمنها. ذلك أن الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، من قولها: لا تقوم إلا بها، ولا يكتمل بنائها أصلا في غيبتها، لنفقد بتخللها سماتها كتواعد قانونية يحمل المخاطبون بها على النزول عليها<sup>(١)</sup> وتتوالى المخالفة الشكلية كذلك لنصوص الدستور، إذا لم نلتزم السلطة التشريعية بالقواعد الإجرائية التي أحاط بها الدستور إقرار القانون. ومن ذلك لفتاتها عن الحصول على رأى الجهة التي عينها الدستور لاستطلاع وجهة نظرها في مشروع القانون قبل الاقتراع عليه<sup>(٢)</sup>.

ولا نتردد جهة الرقابة في أن تتحقق من تلقاء نفسها، من كل مخالفة إجرائية تنجم عن إعمال القواعد الشكلية التي تتطلبها الدستور<sup>(٣)</sup>.

ولقد بسط المجلس الدستوري الفرنسي رقابته في هذا الشأن، ليس فقط بالنسبة إلى الأراء الاستشارية التي يتطلبها الدستور، بل كذلك بالنسبة إلى ما يكون من هذه الأراء متصلا وجوبا بموضوع القانون، ولو لم يتطلبها الدستور<sup>(٤)</sup>.

وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن مجرد توافر صلة -أي كان عقها- بين موضوع القانون المطروح على البرلمان لإقراره، وبين جهة ينظم هذا القانون نشاطها، لا يعتبر كافيا لإيجاب أخذ رأيها فيه، وإنما يتعين أن يكون نص الدستور مقتضيا هذا الوجوب.

(١) "تسوية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ يولييه ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٢ - ص ٥٢-٥٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. وعلا بلص المادة ١٩٥ من دستور جمهورية مصر العربية، يؤخذ رأى مجلس الشورى وجوبا في القوانين المكتملة للدستور. فإذا لم يستطلع مجلس الشعب وجهة نظر مجلس الشورى في شأن هذه القوانين قبل إقرارها، كان البطلان جزاء تخلف هذه الشكلية التي أوجبها الدستور. وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية - قاعدة رقم ٢٢/٢٢، ٢٦٢، ٢٩٧- من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) C.C. 80- 122 D.C., 22juil, 1980, R.p. 49; C.C. 81- 131 D.C., 16 Déc.1981. R.p.39.

(٣) C.C. 81 - 129 D.C., 30- 31 Oct. 1981, R.p. 35.

(٤) C.C. 77 - 83 D.C., 20 Juil. 1977, R.p. 39.

ويتعين دوماً أن تدير السلطة التشريعية مناقشتها في شأن مشروع القانون وفقاً للأوضاع الإجرائية التي يقتضها الدستور. فلا تفر السلطة التشريعية أجزاء ميزانية الدولة المتلفة بنفقاتها، قبل اعتمادها لمواردها<sup>(١)</sup>.

---

(١) C.C. 79 – 110 D.C., 24 Dec. 1979, R.p. 36.

### المبحث الثاني

#### الرقابة القضائية للحدود الداخلية للنصوص القانونية

٢٩٣- يقصد بالحدود الداخلية للقانون -بوجه عام- تلك التي تتلخص فيها مادة القانون، الدستور في محتواه. ومن ثم يتعلق هذا العوار بالتكوين الداخلي للنصوص المطعون عليها.  
Le contrôle de la constitutionnalité interne.

ومن ذلك إخلال القانون بمضمون حقوق الفرد وحرياته التي كفلها الدستور، على أن يؤخذ الدستور ليس فقط بالمعنى الحرفي لهذه الكلمة، وإنما يدخل كذلك في إطار الدستور كافة القواعد ذات القيمة الدستورية.

ويعتبر القانون مخالفا للدستور في محتواه، ليس فقط إذا خرج على قاعدة في الدستور، أو نقض قاعدة لها قوة الدستور. وإنما كذلك إذا أخطأ في تقدير الأوضاع للطرفية التي قام القانون عليها.

وإذا صدر القانون لتحقيق أغراض لا صلة لها بالمصلحة التي افترض الدستور أن يعمل المشرع على تحقيقها، فإن القانون يعتبر مخالفا كذلك -في حدوده الداخلية- للدستور بالنظر إلى مجاوزة المشرع حدود ولايته الحرفا عنها.

ولئن كان قضاء المحكمة العليا -والمحكمة الدستورية العليا من بعدها- يجيز الطعن في النصوص القانونية لمجاوزة السلطة<sup>(١)</sup> le détournement de pouvoir، إلا أن كثيرين

(١) يبين من قضاء المحكمة العليا في الدعوى رقم ٢ لسنة ٢ قضائية -دستورية- الصادر عنها بجلستها المعقودة في ١٩٧٥/٦/٧ إشر هذا الحكم في ص ٣١٤ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة في الدعوى الدستورية أن المدعى في الدعوى المذكورة نعى على القانون المطعون فيه صدره مشوبا بعيب الانحراف وعدم استهدافه المصالح العام. وقد رفضت المحكمة هذا الوجه من النعى، لا لأنه غير جائز -بل لعدم توافر الدليل عليه. كذلك قطبت المحكمة الدستورية العليا بحكمها في القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" الصادر عنها بجلستها المعقودة في ١٩٩٨/٣/٧ إشر هذا الحكم في ص ١٢١٨ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظيفتها، ليس ببيدأ يفترض في عملها، بل يعتبر مثلبا احتياظيا، وعيبا قسديا يتعين أن يكون الدليل عليه وأشيا بتكبتها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستقرارها بالتالي وراء سلطتها في تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهها، فلا يكون عملها إلا انحرافا عنها.

يعارضون في ذلك قولاً منهم بأن هذه الصورة من صور الرقابة يستحيل ضبطها بمعايير موضوعية، وأنها في حقيقتها خوض في النوايا الدلالية لأعضاء السلطة التشريعية التي يتعذر رصدتها، ولا تقديم الدليل على توطنهم في مجموعهم على مجاوزة حدود المصلحة التي افترضها الدستور في العملية التشريعية.

فضلاً عن أن هذه الصورة من صور الرقابة، تتحل في واقعها إلى نوع من التقييم الخلقى.. لهؤلاء الأعضاء، وتصنفهم كاشخاص لا توجههم المصلحة العامة فيما يفعلون، وأنهم ينقلبون عليها قصداً، ويمدون إلى الأضرار بها القواء، وينفرون بوجودهم منها.

على أن أوجه النقد هذه، يعيها أن المحكمة الدستورية العليا - في مجال تقصيرها لعنوان مجاوزة السلطة انحرفاً عنها - أن تخوض في النوايا التي أضمرها أعضاء السلطة التشريعية فيما أقروه من القوانين؛ ولكنها تستخلصها من عناصر خارجية تكل عليها، مثلاً هو الحال في القانون الخاص.

ذلك أن التمييز في نطاق هذا القانون بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مؤداه أن يكون لكل من هاتين الإرادتين مجال تعمل فيه، وإن خفاء الإرادة الباطنة لتلقفها بالنوايا الكامنة التي لا يعرفها غير أصحابها، لا يمنع من التكتيل عليها بالمظاهر الخارجية التي تنشأ بها.

ولا يتصور بالتالي أن تستخلص المحكمة الدستورية العليا ما أضمره أعضاء السلطة التشريعية من النوايا، عن طريق تحليل أعماق نفوسهم. ذلك أن للنصوص القانونية التي أقرها ما قد تبدو محايدة في مظهرها. ويتعين بالتالي على من يدعى مجاوزة هذه السلطة لأهدافها، أن يدلل على انحرفها من خلال مظاهر خارجية تصبح بذاتها عن تكبيها المصلحة العامة التي يفترض أن تتغياها.

فلا يكون الدليل على انحرفها مباشراً، بل غير مباشر يقوم على القرائن المتضاربة. ومن ذلك مضابط مناقضاتها؛ والأعمال التحضيرية للقانون؛ والأوضاع الظرفية التي انبثقت عنها؛ والرغبة الجامحة في إقراره بغير حوار حول مضمونه؛ وقبوله فوراً بالصورة التي عرض بها؛ وسفاجة المعارضة بمشروع القانون حتى لا تتوافر لها فرص بحثه؛ ونظر هذا المشروع على

وجه الاستعجال دون ما ضرورة، والتأثير على المعارضين لمشروع القانون -بالأغواء أو التهديد- لمنعهم من وقفة أو تأجيله.

وتلك صور من المظاهر أو القرائن المتصادمة التي تدل على أن السلطة التشريعية قد خالطتها الأغراض الشخصية في قانون صدر عنها.

ومن ذلك أن تنظم بقانون شؤون الصحافة من زواياها المختلفة، فإذا ظهر من استقراء أحكامه، أن ما توخاه هو تصفية الجرائد التي تعارض الدولة وتوجه لها نقدا قاسيا، فإن هذا القانون لا يكون فقط مخالفا للدستور في محتواه بالنظر إلى خروجه على التعددية في الصحافة التي يكفلها تنوع أدواتها، ويقوضها تقليص دائرة ترويجها، وإنما كذلك متضمنا انتهاكا في استعمال السلطة لتوجيه التمييز بين الآراء بالنظر إلى مصدرها بما يحول دون تكفيها ويكفل تصفية بعضها.

٢٩٤- وفصلا عما تقدم، يعتبر القانون -في حدوده الداخلية- مخالفا للدستور في محتواه، ولو كان إقراره ناجما عن خطأ السلطة التشريعية في فهم الدستور أو في تقدير واقعة قام القانون عليها.

ويتحقق قضاء الشرعية الدستورية من توافر هذه الصورة من الخطأ أو تخلفها من خلال عملية تفسير عقلية تقتضيها الوظيفة القضائية. وهي عملية تتم على مرحلتين: أولاها تحديد مضمون الحق أو الحرية المدعى الإخلال بها. وثانيها تحليل حقيقة القانون المطعون عليه في صحيح معانيه ومقاصده. ومن خلال هاتين المرحلتين، قد يظهر لهؤلاء القضاة أن نصوص ذلك القانون يستحيل توفيقها مع الدستور، ويتعين بالتالي دمجها بالبطان وتجريدتها من كل أثر Inopérantes. وقد يحملون القانون المطعون عليه على الصحة من خلال فهمهم المنطقي للنصوص التي احتواها، ولو أضانوا إليها معاني غير التي يدل ظاهرها عليها.

ولا يعني ذلك أن لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن توجه المشرع إلى الشروط التي يكون بها القانون موافقا للدستور. بل حسبها أن تتولى تقييم أحكامه على ضوء حقيقتها، لأن تبذل منها، أو تدخل أوصافا عليها تقر بها من الدستور

ذلك أن التفسير الحق لنصوص القانون -في تقابلها أو تعارضها مع الدستور- هو الذي يقيم علاقة منطقية بين مقدماتها ونتائجها، فلا يتخذ التفسير ذريعة إلى تكملة نقص فيها، ولا إلى تقرير شروط لتطبيقها لم ينص المشرع عليها؛ ولا إلى تعديل محتواها، سواء من جهة موضوعها أو المخاطبين بها؛ ولا إلى تحويل آثارها.

وإنما ينحصر محل الرقابة القضائية على الدستورية في النصوص ذاتها التي أقرها المشرع، والتي حدد على ضوءها مقاصده منها، فلا تحرفها جهة الرقابة لتوفيقها مع الدستور، وليس لها أن تعدل كتابتها؛ ولا أن تحل فيها، ولو كان هذا التعديل جزئياً.

ذلك أن وظيفتها القضائية تلزمها بأن يكون موقفها محايداً من النصوص القانونية المطعون عليها. فلا تصححها بما يحور معانيها؛ أو بما ينحل لها مفاهيم تناقض حقيقتها، خاصة وأن قضاء الشرعية الدستورية ينتمون إلى جهة قائمة بذاتها، لا تختلط بالسلطة التشريعية أو تقوم مقامها، وعليها بالتالي ألا تقس إرادتها بما ينشأ عنها، وإنما تنزل عليها حكم الدستور بعد استصفائها ووقفاً عليها.

وإنقاذها القانون المطعون عليه، ليس غاية في ذاتها. بل عليها أن تبطل أحكامه التي تظهر فيها المخالفة الدستورية بصورة واضحة، ولو كان من شأن حكمها، تقوية للجهة المعارضة للحكومة في حلبة الصراع السياسي بينهما.

وليس لها بالتالي أن تطق حكمها بعدم دستورية القانون المطعون عليه، على استيفاء هذا القانون لشروط تتطلبها، وإن ماغ لها أن تبصر المشرع بالشروط التي تراها ضرورية لضمان صحة القوانين التي نقرها السلطة التشريعية مستقبلاً بما يكفل تحقيق تعاون بينهما في حماية صناعة القانون، ودون ما إخلال بالمهام التي يتولاها كل منهما أصلاً في حدود ولايته.

### المبحث الثالث نظرية الخطأ الظاهر L'erreur Manifeste

٢٩٥- الأصل في السلطة التقديرية التي يملكها المشرع هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها ضوابط تقيد من مباشرتها. وليس لجهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالي أن تستعوض عن إرادة المشرع في التقدير بإرادتها هي؛ ولا أن تبدل تقديره بتقديرها، وعلى الأخص لأن تقدير المصلحة العامة التي يستهدفها مما يختص به<sup>(١)</sup>.

بيد أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع؛ لا تناقض حقيقة أن للقوانين التي يقرها، أهدافا وتتوخاها؛ ووسائل يعتمد عليها في تحقيقها. ويباشر قضاء الشرعية الدستورية رقابتهم على هذين الأمرين معا.

فالأغراض التي يستهدفها القانون قد تناقض حكما في الدستور. والوسائل التي يلجأ إليها لتحقيق هذه الأغراض هي النصوص القانونية التي يقرها. فإذا اختلفت تناسبا بصورة ظاهرة مع حقيقة الأغراض التي تتوخاها، كان القانون مخالفا للدستور.

وتلك هي نظرية الخطأ الظاهر التي نتناول جوهر السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع وتنمق دخالها من خلال عملية عقلية تجريها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها أن تستوثق بنفسها مما إذا كانت المصلحة التي حمل المشرع النصوص القانونية عليها، حقيقة أو منتحلة، قائمة أو متوهمة؛ وكذلك ما إذا كانت الوسائل إلى تحقيقها منطقية أو غير ملائمة، ضرورية أو مجاوزة حدود الاعتدال.

وتلك مهمة تتولاها الجهة القضائية بقدر كبير من الحر. ذلك أنها تعيد النظر في تقييم المشرع لكل واقعة قام عليها القانون المطعون فيه، وتفصل في ملائمة النصوص التي احتواها، لتحقيق الأغراض المقصودة منها. وهو ما لا يتصور أن يكون محل اتفاق بين الناس جميعهم. ذلك أن ما يراه البعض ملائما، قد لا يكون كذلك في نظر آخرين. وما تتصوره جهة الرقابة

(١) C. C. 74-54 D, C. 15 jan. 1975. R.p. 19; C.C. 84- 179.D.C., 19- 20 juil 1983. R.p. 49.

القضائية من خطأ ظاهر في تقدير النصوص القانونية الملائمة لتحقيق الأغراض التي تستهدفها، قد لا يكون كذلك في تقدير آخرين.

وما الخطأ الظاهر في التقدير، غير خطأ تنقد به النصوص القانونية المطعون عليها بتامسبها مع الأغراض التي تعمل على تحقيقها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بأهدافها حقيقياً. كان تنقد العقوبة التي فرضها المشرع بتامسبها مع الجريمة التي تتعلق بها<sup>(١)</sup>. وكذلك إذا أخطأ المشرع بصورة ظاهرة في تصويره تماثل المراكز القانونية التي نظمها<sup>(٢)</sup>.

وفصل قضاء الشرعية الدستورية كذلك فيما إذا كان المشرع قد حدد سن التقاعد في أعمال مختلفة بما يجاوز الخطأ الهين في التقدير<sup>(٣)</sup>؛ وما إذا كان قد رسم حدود الدوائر الانتخابية بطريقة يشوبها الخطأ الظاهر<sup>(٤)</sup>؛ وما إذا كانت للخرامة المالية التي فرضها على العاملين في البنوك الذين يذيعون حقائق الدخل الخاص بأحد المودعين، والتي يعادل مبلغها مقدار هذا الدخل، تعتبر جزءاً ملائماً<sup>(٥)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ أن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية الملائمة، L' erreur manifeste يقوم على ذات الأساس الذي تبطل به النصوص القانونية التي تنقد بتامسبها مع الأغراض التي تتوخاها Disproportion manifeste.

ذلك أن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية، يفترض مجاوزة هذه النصوص لضوابط تتامسبها مع الأغراض المقصودة منها. فلا تربطها صلة منطقية بها، أو تكون صلتها بها واهية. والمشرع في هذا المقام يوازن بين بذائل، ويقدر ما يراه أنسبها لتحقيق المصالح التي يرجوها منها. فإذا أخذ بصورة جسيمة Attentes excessives -ومن خلال اجتهاده- بأحد الفرائض ذات القيمة الدستورية، بطل القانون<sup>(٦)</sup>.

(١) C. C. 84- 176 D.C., 25 juil. 1984, R.p. 55.

(٢) C. C. 83- 164 D.C., 22 déc. 1983, R.p. 67.

(٣) C. C. 84- 179 D.C., 12 sep. 1984, R.p. 73.

(٤) C. C. 85- 196 D.C., 8 oct. 1985, R.p. 63.

(٥) C. C. 87- 237 D.C., 30 dec., 1987, R.p. 63.

(٦) C. C. 89- 254 D.C., 2 juil. 1989, R.p. 41.

وظاهر مما تقدم أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتدخل بنفسها في العملية العقابية التي يجريها المشرع، لتفصل فيما إذا كان تقديره ظاهر الخطأ، أم أن خطأه في التقدير، محدود الأهمية، ويختر بالتالي<sup>(١)</sup>.

ولئن جاز القول بأن جهة الرقابة القضائية، كلما تواجه مصلحة توخاها المشرع بالمخالفة للدستور، وذلك على تقدير أن المصالح التي يستهدفها نفاذها الشرعية الدستورية في أكثر أحوالها، كذلك المتعلقة بضمان السير المنتظم للمرافق العامة؛ ويتعدية المعلومات التي تنقلها وسائل الإعلام، وباستقلال السلطة القضائية؛ وبضرورة معاقبة المذنبين؛ وباحترام لغة البلد وعلمها ورموزها الوطنية؛ إلا أن الوسائل التي اختارها المشرع لتحقيق المصلحة التي يبتغيها، هي التي تتعلق بها الرقابة القضائية في أكثر تطبيقاتها.

وتباشر جهة الرقابة مراجعتها لهذه الوسائل من خلال العملية العقابية التي تجريها، بقصد التحقق من ملاءمة تلك الوسائل لتحقيق الأغراض المقصودة منها.

ونحن بذلك أمام عمليتين عقابيتين تقوم للسلطة التشريعية بأولاهما، لتراجعها الجهة القضائية في تقديرها. ولتقرر على ضوء نتيجة هذه المراجعة بطلان أو بقاء القانون.

ومن ثم يقابل لجتهاد المشرع باجتهادها. فإذا تبين لها أن النصوص القانونية التي أقرها غير مناسبة لتحقيق المقاصد المبتغاة منها، فإنها لا تكتفي بإبطالها، وإنما تحدد أحيانا فهمها للصورة التي ينبغي أن تكون عليها، وإن كانت الكلمة النهائية في ذلك للمشرع بعد أن يعيد النظر في تلك النصوص التي أبطلتها الجهة القضائية<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم تبدو نظرية الخطأ الظاهر، كحوار بين البرلمان والجهة القضائية من أجل الوصول إلى أفضل الوسائل ضمانا للحقوق الدستورية، ولكفلها لتحقيق المصلحة التي تتوخاها النصوص القانونية التي أقرها. وهو حوار لا يتم في الخفاء، وإنما بصورة علنية يشارك كثيرون فيها -ومن

(١) وشبهه بذلك الرقابة التي تفرضها محكمة النقض على قضاء محكمة الموضوع، ذلك أنه بالرغم مما تقوله هذه المحكمة من أنها لا تراقب تحصيل قضى الموضوع للواقع، إلا أنها تشترط لذلك أن يكون تقديره في ذلك سائفا. وهي بذلك تميد النظر في العملية العقابية التي يقوم بها قضى الموضوع وتسانف تقييمها، فكأنها تراقب كيفية تحصيله للواقع، وما إذا كان هذا الواقع مستندا من أصول تنتج وتفضي إليه عقلا.

(٢) C. C. 93- 326 D.C., 11 aout. 1983, R.p. 217.

بينهم وسائل الإعلام والفقهاء - حتى يكون تقييم الجهة القضائية للموضوع المطروح عليها، قريبا قدر الإمكان من حكم الدستور.

والذين يدافعون عن هذه النظرية يقولون بأن مجال تطبيقها ينحصر في الخطأ الظاهر لترك للمشرع سلطة التقدير كاملة فيما عداه، كالخطأ البسيط المغتفر، فلا تبطل الجهة القضائية بتقسيم الدوائر الانتخابية لمجرد أنه لم يصل إلى حد الكمال، ولكنها تقرر فقط مخالفته للدستور، إذا كان مشوبا بخطأ جسيم<sup>(١)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن نظرية الخطأ الظاهر لا شأن لها بنموض أو وضوح النصوص القانونية التي تراجعها الجهة القضائية لتقرر صحتها أو بطلانها. ولكنها تتناول كافة النصوص التي يقرها المشرع في حدود سلطته التقديرية، ولما كان موضوعها.

وتتعلق هذه النظرية كذلك -في حقيقتها- بالبدائل التي اختارها المشرع. والجهة القضائية هي التي تقرر ما يكون ملائما أو ظاهرا للخطأ منها، وذلك وفق معاييرها التي تستخلصها بنفسها.

بيد أن الناقدين لتلك النظرية يقولون بأن الجهة القضائية لا تقم نفسها فقط في تقدير المشرع، ولكنها تبسط رقابتها كذلك على سلطة التقرير التي يملكها، والتي يستحيل فصلها عن سلطة التقدير *L'acte de décider n'est pas détachable de l'acte d'apprécier*، وأن نظرية الخطأ الظاهر تفترض أن توازن الجهة القضائية بين البدائل التي اختارها المشرع، وأن ترجح اجتهداها على اجتهداده، وأنها تميز كذلك بين أخطاء جسيمة لا يجوز أن يقع المشرع فيها؛ وأخطاء تافهة يجوز التجاوز عنها، بما يصم أحكامها باللزعة الشخصية المجانبة لموضوعية التقييم، لأنها هي التي تقرر ما إذا كان خطأ المشرع لا تبصر فيه، أم كان ولعفا في حدود الاعتدال.

فضلا عن أن نظرية الخطأ الظاهر هي في حقيقتها إبدال لإرادة المشرع بإرادة جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك أن المشرع لا يقر قانونا إلا على ضوء تحليل يجريه لكل واقعة يتصل القانون بها. فلا يكون القانون إلا تقديرا لحدود هذه الواقعة، واختيارا للقاعدة القانونية التي تناسبها. فإذا قيل بأن هذا التقدير والاختيار شبههما خطأ ظاهرا؛ كان ذلك استئنافا بالموازنة

(١) C. C. 86- 218 D.C., 18 nov. 1986, R.p. 167.

والترجيح لقرار سابق صدر عن السلطة التشريعية التي تختص بتنظيم الحقوق جميعا بحكم ولايتها الشاملة.

على أن نظرية الخطأ الظاهر المعمول بها في بعض الدول الأوروبية تكفرنا، وكذلك في الدول التي تنقل عنها نظمها الدستورية -وأيا كان وجه المطاعن الموجهة إليها- لها ما يقابلها في دول القانون العام التي يقرر قضاتها أن دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، تفترض ارتباطها عتلا بأدلتها. فإذا لم تكن صلة منطقية تربطها بالأغراض المقصودة منها؛ أو كانت صلتها بها واهية، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور<sup>(١)</sup>.

وهذا المعيار الأخير أكثر دقة من نظرية الخطأ للظاهر، ذلك إن هذه النظرية تفترض التمييز بين الأخطاء على ضوء جسامتها، بالرغم من انتقاء الحدود الفاصلة بين الأخطاء تبعا لدرجتها. ولا كذلك المعيار المعمول به في دول القانون العام. ذلك أن مناط تطبيقه هو منطقية التنظيم التشريعي من خلال علاقة موضوعية بين النصوص، وأدلتها. وهي علاقة غائبة تقييد الإطلاق في السلطة التقديرية للمشرع، وبما لا يقوضها.

٢٩٦- وفي ذلك تتول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منظوبا على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا أو الحقوق التي كفلها لفئة دون غيرها؛ إلا لتفلق هذا التنظيم مع أحكام الدستور يفترض ألا تنفصل النصوص للقانونية -التي نظم بها المشرع موضوعا محددا- عن أدلتها، ليكون اتصال الأغراض التي توخاها، بالوسائل إليها، منطقيا، وليس واهيا أو واهيا، بما يخل بالأسس للموضوعية التي يقوم عليها التمييز الميرر دستوريا.

Classification is inherent in Legislation in that legislators may select different persons or groups for different treatment. However. The State may not rely on a classification whose relationship to an asserted goal is so attenuated as to render the distinction arbitrary or irrational.

(١) تأخذ المحكمة الدستورية العليا بالفكرة القليلة بأن النصوص التي يقرها المشرع يجب النظر إليها باعتبارها مجرد وسائل لتحقيق أغراض معينة. فإذا كانت هذه الأغراض غير مشروعة، أو كانت هذه النصوص كوسائل لتقاضي المشرع لتحقيق أغراض مشروعة، لا تربطها صلة منطقية بها، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور.

وأساس ذلك، أن كل تنظيم تشريعي يتغيا بلوغ أغراض بعينها تعكس مشروعاتها إطارا لمصلحة عامة يقوم عليها هذا التنظيم، متخذا من القواعد القانونية التي تبناها مبيلا إليها، فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان للتمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها، تحكما<sup>(١)</sup>.

---

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ لسنة ١٦٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة. وانظر كذلك القضية رقم ١٤ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٩/٢ - قاعدة رقم ٩ ص ١٨٢ من الجزء السابع. انظر كذلك القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٩/٢ - قاعدة رقم ١٠ ص ٢٠٤ من الجزء السابع.

### الفصل السادس عشر

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين

##### بين توسيعها وتضييقها

#### المبحث الأول

##### مضمون الحماية الحقيقية للدستور

٢٩٧- لا تكفل الحماية الحقيقية للدستور، إلا الدول التي تنظر إليه كوثيقة هي الأعلى درجة في حرمتها، والأكثر قوة في قيمتها القانونية، والأحق بالحماية بالنظر إلى أهميتها واتصالها بقيم الجماعة وثوابتها. وحتى فيما بين هذه الدول، لم يكن ثمة اتفاق على وسائل حماية الدستور، فمنها -كـبعض الدول الأوروبية- ما يفضل الوسائل السياسية على القضائية. ومنها -كالتجربة الأمريكية وبعض دول القانون العام- ما يحدّز إلى الوسائل القضائية التي تتسم بفاعليتها، ومناهضتها ادعاء السلطة التشريعية بأن ما تقره من لقوانين، هو تعبير منها عن السيادة الشعبية التي لا يجوز لهيئة قضائية أن تتناقضها في كيفية مباشرتها لها؛ وبأن موقفها من الدستور يجعلها الحارس الأعلى لأحكامه.

ولم يكن هذا التباين في وسائل حماية الدستور، إلا ثمرة تطور تاريخي لا يعني أن نتعقبه، حتى وإن صح القول بأن فكرة الرقابة على الدستورية كان لها جذورها في إنجلترا إبان القرن السادس عشر. ذلك أن الحكم الصادر في قضية واحدة، وإن جاز اعتباره سابقة قضائية، إلا أن كل سابقة لا تكتل بذاتها على استقرار القاعدة التي أرسنها، ما لم يكن قد اطراد العمل بها، على ضوء من الاقتناع بضرورة اللزوم عليها.

٢٩٨- وأيا كان شأن الجذور التاريخية للرقابة القضائية على الدستورية، فإن التجربة الأمريكية كان لها فضل إلهام دول كثيرة بأهميتها وحيويتها، خاصة ما تتسم به هذه التجربة من خصائص بالغة الأهمية:

أولها: أنها لا تقصر رقابة الدستورية على محكمة وحيدة تنفرد بها، ولكنها تعهد بها إلى المحاكم جميعها بما يشركها كافة في مباشرتها.

ثانيتهما: أن محل هذه الرقابة لا يقتصر على القوانين بمعنى الكلمة، وإنما يتسع ليشمل غيرها من الأعمال التي تتلون بلون السلطة *Under the color of the State* وتتضح بردائها.

ثالثتها: أنها رقابة عرضية لا تثار إلا في شأن خصومة قضائية قائمة يرتبط للفصل فيها بتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها.

رابعتها: أن الحكم الصادر فيها لا يتعلق بغير أطرافها.

والرقابة التي نركز عليها هي الرقابة القضائية على دستورية القوانين، سواء كان مطلبها قانونا قبل إصداره، أم قانونا بعد دخوله مرحلة للتنفيذ. ولا شأن لنا بالتالي بالمراجعة القضائية للقرارات الإدارية الفردية، والتي تباشرها السلطة القضائية حتى في الدول التي تظلمها مجموعة من القواعد الدستورية بالمعنى المادي، لا الشكلى، ولا يوجد فيها بالتالى دستور مدون جامد مكلما هو الأمر في المملكة المتحدة.

٢٩٩- كذلك تباشر بعض الدول كإسرائيل، رقابة قضائية على الشرعية الدستورية، بغير وجود دستور *Judicial review sans Constitution*.

ولم تحظ الرقابة القضائية على الدستورية بدور هام أو بدور ما، في النظم السلاطوية، ولا في النظم القانونية التي تتمحور حول الاشتراكية. ولكن دورها كان أكثر فاعلية في الدول التي تأثرت بالتجربة الأمريكية كالفرنسيين واليابانيين ودول أمريكا اللاتينية. ثم ظهر اتجاه آخر في بعض من الدول الأوروبية الغربية بعد الحرب العالمية الثانية، تمثل في حلول الرقابة المركزية القضائية على الشرعية الدستورية محل الرقابة اللامركزية التي تتولاها المحاكم جميعها، وفي إبدال الحجية النسبية للحكم الصادر في المسائل الدستورية، بالحجية المطلقة؛ وفي رقابة مجردة لا شأن لها بمضار ألحقها القانون المطعون فيه بالمخاطبين بأحكامه.

وكان للنمسا فضل السبق في الرقابة المركزية القضائية، وإن حذتها إيطاليا وجمهورية ألمانيا الفدرالية وقبرص وتركيا وأسبانيا والبرتغال ويوغوسلافيا وبولونيا، مما أكد انضمام الدول الأوروبية الغربية -في أغلبها- إلى هذا النوع من الرقابة على الشرعية للدستورية، لتتولى مسئوليتها. واليوم ليس ثمة نزاع حقيقى حول ضرورة هذه الرقابة أو أهميتها، أو مباشرتها عن طريق هيئة قضائية قائمة بذاتها تستقل في مباشرة وظيفتها، عن أفرع الدولة جميعها.

وحتى في فرنسا التي لم تكن الترية فيها مهياة للرقابة على الدستورية بالنظر إلى مسطرة البرلمان ومركزه في كل من الجمهوريتين الثالثة والرابعة؛ فإن مجلس الدولة بها ظهر كقوة لها وزنها وحسابها تتناول الفصل في مشروعية نشاط الإدارة، وحل مشكلاتها، حتى تلك التي تقبوم على أساس من الدستور. ثم حدث عام ١٩٥٨ تطور هام في فرنسا نجم عن إنشائها مجلسا دستوريا يتولى مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها، في إطار اختصاص محدود نص عليه دستور ١٩٥٨، الذي آمن واضعوه بضرورة إلقاء اعتبار خاص للبرلمان، ورفض كل أشكال للرقابة القضائية على دستورية القوانين بعد العمل بها(١).

وقد انتقل نظام هذا المجلس من فرنسا إلى كثير من الدول الإفريقية الفرنكوفونية -كالمغرب وتونس والجزائر وموريتانيا وبنين- مما حدا بالععض إلى التساؤل حول ما إذا كان المجلس الدستوري الفرنسي يمثل صورة ثالثة من صور الرقابة على الدستورية تقوم إلى جوار كل من التجربة الأمريكية والمحكمة الدستورية الخاصة، القائمة في بعض الدول الأوروبية لتباشر رقابة قمعية Repressif لا رقابة وقائية Preventif.

بيد أن النظرة التحليلية الأعمق، تدل على أن صور الرقابة على الشرعية الدستورية، يجمعها أنها رقابة قضائية تتعدد بين نظامين مختلفين: هما نظام للرقابة القضائية اللامركزية في الدول الانجلوسكسونية؛ ونظام الرقابة المركزية للقائم في بعض الدول الأوروبية؛ وأن النظامين يدوران حول نوع من المراجعة القضائية تتولاها هيئة قضائية لا تتفصل عن طريقة تكوينها، ولا عن كيفية مباشرتها لوظيفتها، ولا عن الأوضاع التي أُنبتتها Les conditions de l'environnement. وذلك أيا كان التنظيم الإجرائي الخاص بها، أو قواعد اختيار قضاتها. خاصة وأن تطبيق هذه الهيئة القضائية للدستور يتم -لا بطريقة آلية- وإنما من خلال عملية خلق تفسيرية L'interprétation créatrice ينكها أن نصوص الدستور تنسم في الأعم بالغموض والامتساع، ولا يتصور بالتالي تحديد مفاهيم هذه النصوص بغير ربطها بنظام القيم Système de valeurs التي تستخلصها الهيئة القضائية بنفسها كي تتحدد لكل قاعدة نص الدستور عليها، مضمونها الحق. Le contenu réel.

(١) يسمى دستور ١٩٥٨ في فرنسا دستور الجمهورية الخامسة.

ومن ثم تتحول عملية تطبيق الدستور -لا إلى صورة جامدة لا حياة فيها- بل إلى أداة خلق لقواعد جديدة، أو تطوير لقواعد قائمة بما يجعل فهم القضاء للدستور، هو الدستور Constitution de juge ويكفل صهر أحكامه في نطاق الحقائق المتغيرة التي تعاصر تطبيقها، والتي لها من قوة تأثيرها وعمق حركتها Realités mouvantes ما يجعل معاشتها ضرورة لا مفر منها، حتى لا يكون تطبيق الدستور عتيقا أو رجيا أو تعظيا، بل واقعا في إطار القيم الدستورية المتجددة وروافدها، لتحيط بفروع القانون جميعها، وبالحياة السياسية من كل أقطارها. فلا تتوهج بمؤر الصراع السياسى بما يؤذن بانفلاتها، وإنما تطفئها الهيئة القضائية من خلال الحلول القضائية التي تقرضها Juridicier la politique.

وتلك هي وظيفة الحكم بين مراكز الصراع وقراء المختلفة، تبشرها الهيئة القضائية بما لا يقعها في مزالق السياسة ودروبها الخطرة، وبما لا يقوض استقلالها، أو يخرج بها عن حدود ولايتها؛ لتظل الوظيفة القضائية قيّدا على نشاطها. فلا تقص في غير خصومة قضائية، ولا فسى خصومة قضائية لم تنهيا أسبابها.

فالخصومة القضائية هي مدار ولايتها، ومداخلها. ولئن كان الفصل فيها يلزمها بأن تحييط بالأوضاع السياسية المعاصرة حتى تنقهمها، وتقدر أثرها على النصوص القانونية المطعون عليها؛ إلا أن إدراكها لهذه الأوضاع، لا يعنى الاندماج فيها لتخرج أحكامها القضائية من رحمها، وكأنها من نبتها.

ولا كذلك أن يكون للهيئة القضائية دور نشط تطرح بمقتضاه -ومن خلال الخصومة القضائية- حلا قضائيا لكل نزاع معروض عليها، أيا كان موضوع أو نطاق هذا النزاع أو من يكون طرفا فيه، ولو تلون في صورة سياسية تشمل كل أبعاده.

وفى هذا الإطار، نشأ اقتناع عام بأهمية الرقابة القضائية على الدستورية؛ وبضرورة أن يتوافر للهيئة التي تتولاها مركز خاص يكسبها قوة في مواجهة نظم الدولة وسلطاتها المختلفة التي كثيرا ما تلجأ إلى المناورة، وإلى الخداع أحيانا لإيهام المواطنين بأنها تعمل لصالحهم.

فلا تكون امتيازاتها قرين مسئوليتها قبل مواطنيها، ولا تعبرا عن وسائلها لتحقيق الخير العام لشعبها. وإنما احتفاء من جهتها بعناصر تعميق نفوذها، حتى تزداد به صلاحية ومنعة. وهو

ما لا يجوز. ذلك أن الشرعية الدستورية وحدها هي التي تؤسس سلطاتها، وتحدد طرائق مباشرتها، وتكفل اتصالها بالواقع بمواطنيها.

وهذه الشرعية هي التي ترسيها الهيئة القضائية وتقرضها من خلال أحكامها، لتقوم بها عناصر بنيان دولة القانون التي لا تتفصل السلطة التشريعية عنها. إذ هي والقة بالضرورة في إطار قاعدة الخضوع للقانون - الدستور في ذراه - ولن يجديها بالنسبة للاحتجاج بالسيادة البرلمانية التي لا يجوز لها أن تباشرها إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور، والتي فرضتها عليها السلطة التي أسستها ولا يجزئها إلا أن تصدر تشريعاتها وفق الضوابط التي رسمتها لها هذه السلطة التأسيسية.

ولم يعد مقبولا أن تترك الدولة إلى حاجتها إلى الاستقرار كي تقوض الهيئة التي تتولى مراجعة القوانين فصلا في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور؛ ولا أن تعطل على إضعافها؛ ولا أن تعطل تنفيذ أحكامها؛ ولا أن تتدخل في شؤونها ولو بطريق غير مباشر؛ ولا أن تثير ضدها وسائل الأعلام التي تملكها؛ ولا أن تنظر إليها كعقبة تعطل حركتها.

وإذا جاز لها أن تعرض بعض القيود على نشاط هذه الهيئة القضائية، فذلك من أجل تنظيمها، وفي الحدود المنطقية التي تكفل فعلة دورها، وبما لا يضيق من ولايتها إلى حد كبير<sup>(١)</sup>. ويتعين بوجه خاص أن يظل استقلالها وحيدتها كاملين، فلا يكون قضائتها تابعين لها بوجه أو بأخر.

ولم تكن عودة الديمقراطية إلى بعض الدول الأوروبية كالبرتغال وليونان، غير إيذان بفتح طرقها إلى الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، التي هي اليوم لتطور الأهم في أكثر دول الجماعة الأوروبية، على تقدير أن هذه الرقابة هي التي تكفل سيادة الدستور، وإن ظل مبدأ السيادة البرلمانية أصلا في بعض الدول، كالملكة المتحدة وهولندا وكسمبرج.

(١) وفقا للنموذج الأمريكي تخرج المسائل السياسية من نطاق المسائل التي يجوز الفصل قضائيا فيها، وهو ما تعارضه محاكم الدول الأوروبية التي تختص بالنظر في كل خصومة دستورية إما كسلت طبيعة المسائل التي تطرحها.

٣٠٠- وإذا كان من المقرر أن الرقابة القضائية على النصوص القانونية، فصلا في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور، هي التي تكفل علوه على هذه النصوص؛ إلا أن النسائير المختلفة لم تتفق فيما بينها على نموذج موحد لهذه الرقابة، ليس فقط في طرائقها، وإنما كذلك في نطاقها. ذلك أن المراجعة القضائية للمستورية للقوانين لها أوصافها التي تتردد بين رقابة قضائية سابقة مطبها القوانين قبل صدورها. وهذه قد تكون وجوبية أو جوازية؛ ورقابة قضائية لاحقة ينحصر نطاقها في النصوص القانونية بعد العمل بها؛ ورقابة قضائية مجردة مطبها كذلك القوانين القائمة، وإن كان طريق الطعن فيها لا ينفتح أصلا إلا لجهات بذواتها ليس لها مصلحة شخصية في الطعن مطبها.

### المبحث الثاني

#### المراجعة القضائية للقوانين هي الطريق الأفضل لحماية الحقوق.

٣٠١- ويبدو مما تقدم، أن المراجعة القضائية للقوانين هي وسيلة تقييدها للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها للدستور. ليكون إبطالها جزءا خروجها على أحكامها، وضمان علوه عليها. ولا تزال بعض الدول تتنازع فيها حتى اليوم بالرغم من قبولها لقطع في قراراتها التنظيمية بمجاوزة السلطة *Recours pour excès du pouvoir* سواء أمام محاكم إدارية تستقل بتشكيلها وباختصاصها عن محاكم القانون العام، أم تعمل كدائرة دخل محيط هذه المحاكم وفي إطار تشكيلاتها.

وكان من المفترض أن يفترن قبولها بالمراجعة القضائية لأعمال السلطة التنفيذية -المادية منها والإدارية- برقابة تكملها للقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية لضمان خضوع أعمال السلطين التنفيذية والتشريعية للقانون، والدستور في أعلى مدارجه.

ولكنها رفضتها فلا منها بأن السيادة الشعبية التي يملكها للبرلمان، لا تجوز مناقشتها. وهي حجة مقتضاها أن يظل القانون نافذا ولو كان مخالفا للدستور، ولازمها أن الدستور لا يعتبر قانونا أساسيا، بل في مرتبة موازية للقانون أو أدنى من القانون.

ولم يكن نزعها بمفهوم السيادة الشعبية غير فئاع يخفى مخاوفها من أن تتبوأ الهيئة التي مباشر الرقابة على دستورية القوانين، مكانة تعطيها على سلطتها، ومركزا تتفوق به عليها بما يخل بالركائز التي يقوم عليها نظام الحكم فيها؛ ويمتنعها من إحكام قبضتها على مواطنيها الذين يختلفون فيما بينهم في التقاليد التي ورثوها، وكذلك في أنماط ثقافتهم التي تلقوها، ويسمون كذلك بتبليين أجناسهم، وتفرق مذاهبهم وقيمهم. فلا تبسط سيطرتها على مقلد الأمور بها من خلال نظم مدنية في طبيعتها<sup>(١)</sup>.

كذلك كان ضمور أحزابها أو اختفاؤها، تعبيرا عن تضائل دورها في توجيه الحياة السياسية أو التأثير فيها. وعجز مواطنيها كذلك عن تأسيس دستور يكفل لحقوقهم وحيرياتهم إطارا ملائما، وعلى الأخص من خلال صون حقهم في الاقتراع الحر. ولم تكن هذه الدول -وتلك هي الأوضاع

(١) يعتبر العامل الأكبر في تيجريا في تقيوض الدستورية بها، هو تدخل العسكريين في أعمال الحكومة.

التي تحيط بها- بتعليم أبنائها القيم الديمقراطية، ولا يحضهم عليها. ذلك أن ما كان يعتنينا، هو أن تعلوا إرادتها فوق للقانون.

بيد أن الإيمان بالديموقراطية بوصفها هدفا مشتركا بين الشعوب جميعها -يرفض النظر عن فوارقها الثقافية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية- جعل من الديمقراطية -بما تقوم عليه من الحرية، والمساواة، والشفافية، والمسئولية، مع احترام تعدد الآراء- مثالا أعلى وأسلوبا للحكم ينبغي تطبيقه وفق المعايير المعلم بها دوليا.

وصارت الديمقراطية -بأشكالها المختلفة وخيراتها المتعددة- الطريق إلى صون كرامة الفرد وضمان حقوقه الأساسية؛ وإلى تحقيق العدالة الاجتماعية ودعم التنمية الاقتصادية؛ وإلى تأمين تلاحم المواطنين وتماسكهم؛ وإلى التناقص -في إطار سياسة مفتوحة حرة وعريضة ودون تمييز- من أجل الوصول إلى السلطة، وممارستها، وتداولها في إطار مبدأ الخضوع للقانون.

وكان للديموقراطية كذلك أثر هام في تأكيد أهمية الحقوق المدنية والسياسية، وأخصها الحق في الاقتراع الحر، وفي الاجتماع، والحصول على كل المعلومات، وفي تكوين الأحزاب السياسية وتنظيم نشاطها وشؤون تمويلها ومبادئها الخلقية، فلا تتحكم فيها أهواؤها، ولا تمايز بين الراغبين في الانضمام إليها بالنظر إلى أعراقهم أو أصلهم، أو مركزهم الاجتماعي أو توجهاتهم أو ثرواتهم، أو لغير ذلك من الأغراض غير المفهومة أو غير المنطقية.

ولم يعد الحكم الديموقراطي مجرد مفاهيم فلسفية يدعو الناس لها ويروجون للقبول بعها، وإنما صار أسلوبا عمليا للحياة العامة على تباين مستوياتها؛ كإكفاله إسهام المواطنين في شؤونها بصورة فعلية، ودون ما عواقب تعطل حركتهم أو تقيدها، أو تمنعهم من اختيار البدائل بصورة حقيقية، أو تمزج لوجه الخلل الاجتماعي؛ أو تدخل بالمساواة؛ أو بالحق في التعليم؛ أو بوجود آلية قضائية لها من استقلالها وحيديتها وفعاليتها ما يكفل سيادة القانون، وهي منخصل هام لتحقيق الديمقراطية<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر في ذلك الإعلان العالمي للديموقراطية الذي أقره -بغير تصويت- مجلس الاتحاد البرلماني الدولي في دورته الحادية والسنتين بعد المائة بمدينة القاهرة في ١٦/٩/١٩٩٧.

وحقق ذلك تغييرا واضحا في مفاهيم المراجعة القضائية، فلم تعد صورة مظهرية محدودة أثرها، ولا خطوة متعثرة في مناهجها ووسائلها؛ ولا غير متكاملة في عناصرها، أو غير محايدة في خصائصها؛ وإن كانت هذه المراجعة ونيدة في حركتها ومتردة في حصصها في الدول التسوية والدول حديثة العهد بالاستقلال التي كان تركيزها على النظام فيها أكثر من اهتمامها بحقوق المواطنين وحرياتهم، وحرصها على فرض كلمتها أكثر من إيمانها بالخضوع للقانون، وقدرتها على حمل شعوبها على السكون والازواء، أكبر من قدرتهم على التظاهر والاحتجاج والعصيان<sup>(١)</sup>.

بيد أن اتساع المفاهيم الديمقراطية وانتقالها عبر الحواجز الإقليمية على اختلافها في إطار حيدة المعلومات وتعددها، واتساعها من كافة مصادرنا، ونشرها من خلال وسائل الإعلام على اختلافها، أذن بأفول قبضة الدولة على مواطنيها؛ ولقام من الجماهير - يبتغونها وتماسكها وعسق وعيها - قوة لها وزنها في الدفاع عن الدستور والقانون من خلال آلية قضائية تتكامل حلقاتها التي وصل التطور الرأسمالي بها إلى تقرير صور من المراجعة القضائية على دستورية القوانين، لا تصل جميعها إلى حد الكمال.

فمن الهيئة السياسية التي تتولى هذه المراجعة إلى الهيئة المختلطة تكوينها؛ ومن الرقابة المحدودة، إلى الرقابة الأكثر شمولاً؛ ومن الرقابة القضائية الشكلية، إلى الرقابة القضائية الحقيقية التي تطور الدستور وتغير معانيه.

وفي هذا الإطار، لم يكن إسناد عملية المراجعة القضائية على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية صرفه، عملاً مقبولا ولا مفيدا، ذلك أن تكوينها الداخلي، وتبعيتها للجهة التي أحدثتها، يقوضان استقلالها. فضلا عما هو مقرر من أن الدستور غير نافذ بذاتها، ولا تكون نفسها بنفسها تنضهر من فراغ - *Neither self-enacting, nor self-executing*.

(١) تنص المادة ٣٥ من دستور ١٧٩٣ الفرنسي على أن التمرد على الحكومة التي تنتهك حقوق الشعب، يكون واجبا على الجماهير وكذلك على كل قطاع منها. ويعتبر هذا التمرد أكثر حقوق الجماهير قدسية وأهم واجباتها التي لا يجوز التفريط فيها *Le plus sacré des droits, et le plus indispensable des devoirs*.

وكلمة القانون لا ينطبق بها علانية، وفي حرية كاملة، غير قاض. ولا كذلك الهيئة السياسية التي تقصر رقابتها عن أن تحقق الآمال المعقودة عليها، ولو كان تشكيلها يزواج بين رجال السياسة والقانون.

ذلك أن الدستور حتى في هذه الصورة، كثيرا ما يضيق من نطاق ولايتها، وتحيطها أجواء سياسية لها موازينها التي تنقل من دورها، خاصة في الدول حديثة العهد بالاستقلال أو الدول التي كانت تتعدد - لأسباب تاريخية - في رفض كل أشكال المراجعة الدستورية القوانين، كفرنسا<sup>(١)</sup>.

بيد أن ما يلاحظ، أن الهيئات التي تتولى المراجعة القضائية للدستور للقوانين، كثيرا ما تطور من ولايتها بما يحقق الخضوع للقانون بدرجة أكبر. ولا تقع بالتالي داخل الحدود الطبيعية لولايتها. وهو ما فعله المجلس الدستوري الفرنسي الذي تحول إلى قوة حقيقة لها شأنها داخل النظام القانوني في فرنسا

إذ كان ينظر إلى هذا المجلس في مبدأ نشأته كأداة سياسية أو كضراع للحكومة لاحتواء البرلمان. ثم صار على مراحل تطوره، هيئة قضائية حقيقية لا يعنيتها أكثر من أن تحقق سيادة الدستور في إطار منظومة قانونية تتوافق عناصرها ولا تتنافر.

وبدل التطور الراهن للرقابة القضائية على الدستورية، على تفصيل الهيئة القضائية المركزية على محكمة أعلى داخل محاكم القانون العام، وهو ما نراه في بعض الدول كالألمانيا والنمسا وأسبانيا وإيطاليا والبرتغال ومصر، مع تفاوت هذه الدول في كيفية تشكيلها لهذه الهيئة القضائية المركزية، وتحديدها نطاق ولايتها سواء بنقيتها أو إضعافها.

ولا تزال الدول النامية في أكثرها نايذة للرقابة القضائية على الدستورية، معلنة عدم جواها. بل إنها تحرص على إجهاض كل محاولة لبعثها حتى تنطلق يدها في كل الشئون.

وقد تأخذ بأشكال ضيقة لهذه الرقابة تنصهرها على القوانين قبل إصدارها، وترفض بها الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي تخول كل مواطن الحق فيها ولو لم يكن طرفا في نزاع قائم

(١) كان ينظر إلى المجلس الدستوري الفرنسي في السنوات الأولى لإنشائه كجهة مختطة. ذلك أن تشكيله كان يعطيه ملامح سياسية وقانونية.

تطبيق فيه أمام محكمة الموضوع النصوص القانونية التي يدعى مخالفتها للدستور. وإنما يوجه المواطن مباشرة هذه النصوص، ويجرحها، ولو كان من غير المخاطبين بها أو لم يكن قد أضير من تطبيقها.

وصور التضييق هذه على اختلافها، يبررها حذر بعض الدول وتخوفها من الآثار التي تحدثها المراجعة القضائية لدستورية القوانين على الحقائق القانونية التي تمسها.

وقد يتعلق التضييق ناره بنوع القوانين محل المراجعة القضائية، وطورا بطرائق هذه المراجعة مثلما هو الحال في فرنسا التي تخرج القوانين التي تولف على الجماهير في استفتاء من نطاق الرقابة القضائية. ونقبل في حدود ضيقة مراقبة دستورية القوانين التي تعطل الدستور، ونرفض -كأصل عام- فرض هذه للرقابة على القوانين بعد صدورها. وفيما يلي تفصيل لكل ما تقدم:

### الفصل السابع عشر

### الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية

### Le lois référendaires

### المبحث الأول

### حظر هذه الرقابة في فرنسا

٣٠٢- اطرد قضاء المجلس الدستوري الفرنسي على إخراج هذه القوانين من نطاق ولايته، ولو كان موضوعها مما احتجز الدستور تنظيمه للقوانين العضوية، أو كان هذا الموضوع قد تناول مسائل لم يلمس الدستور على إجراء استفتاء فيها<sup>(١)</sup>.

ويؤسس المجلس استبعاده لهذه القوانين من نطاق ولايته، على حجة حاصلها أن القوانين التي يفصل في دستورتها هي فقط تلك التي وافق البرلمان عليها من خلال الاقتراع على أحكامها، وأن ولايته -محددة على هذا النحو- لا شأن لها بالقوانين التي أقرتها الجماهير في استفتاء عام، إذ هي تعبير مباشر عن السيادة الشعبية<sup>(٢)</sup>.

وهي حجة غير مفهومة. ذلك أن نص المادة ٦١ من الدستور الفرنسي يخلو هذا المجلس، الاختصاص بالفصل في دستورية القوانين العضوية وجوبا، والقوانين العادية بصفة جوازية. ولا يستبعد بالتالي صراحة من نطاق رقابته، القوانين التي وافق عليها في الاستفتاء. إلا أن المجلس أخرجها من ولايته تأسيسا على أن روح الدستور تقتضي حصر هذه الولاية في القوانين التي اقترح البرلمان عليها وأقرها، وأن اختصاص المجلس كمنظم لنشاط كل سلطة في الدولة، مؤداة ألا تشمل ولايته التحقق من دستورية القوانين التي تعبر بصورة مباشرة عن السيادة الشعبية<sup>(٣)</sup>.

وفي ذلك يقول المجلس<sup>(٤)</sup>:

S'il est vrai que l'article 61 de la constitution ne précise pas si les lois- organiques ou ordinaires- qui doivent ou peuvent être déférées au conseil constitutionnel, comprennent ou non les lois adoptées par référendum, il résulte de l'esprit de constitution

(١) François Luchaire, la Constitution de la Republic Française, 2e édition, Economica, PP. 1107-1109.

(٢) C.C. 61 - 20 D.C., 6 nov. 1962, R. p. 27; C.C. 92- 313 D.C. 23 sep. 1992, R.p. 94.

(٣) Decision no 78-96 D.C. du 27 Juil. Rec 1978, O.P.29.

(٤) C. C. 25 oct. 1988, R. p. 191; C.C. 23 des. 1960 R.P. 67, C.C. 3 avril 1962, R.P. 63.

que la compétence du conseil constitutionnel est limitée à celle qui ont été votées par le parlement. Le conseil constitutionnel est un organe régulateur de l'activité des pouvoirs public, sa mission ne saurait comporter la vérification de lois qui constituent l'expression directe de la souveraineté nationale..

ثم عدل المجلس بعد ذلك عن الإشارة لروح الدستور كمسند لعدم اشتغال ولايته على الفصل في دستورية القوانين الاستثنائية، وصار يكتفى بإخراجها من اختصاصه تأسيساً على أنها تعبير مباشر عن السيادة الشعبية.

٣٠٣- وفيما تطلق بعملية الاستفتاء في ذاتها، ليس ثمة مراجعة قضائية في فرنسا لمرسوم دعوة الناخبين إلى الاستفتاء، ولا لقرار رفض اللجوء إلى الاستفتاء، ولا للأعمال السابقة على الاستفتاء، والتي لا يزيد دور المجلس الدستوري الفرنسي بشأنها عن مجرد إيداء وجهة نظره حين يؤخذ رأيه فيها.

ولكن المجلس يستعيد سلطته القضائية بعد تمام الاستفتاء A posteriori إذا قدم طعن إليه في نتيجته أو في الطريقة التي تم بها<sup>(١)</sup>. Le déroulement des operations referendaire .

والأصل أن تحيل الحكومة إلى المجلس مشروع المرسوم الخاص بتنظيم عملية الاستفتاء، وأن ترفق به كذلك نص مشروع القانون الذي سيطرح على هيئة الناخبين لاستفتاء فيه. وفي هذه المرحلة، لا يباشر المجلس غير سلطة استشارية يفصح بها عن رأيه فيما إذا كان للتنظيم الخاص بعملية الاستفتاء، وكذلك مشروع القانون المرفق به، مؤلفين أو مخالفين للدستور.

فإذا أبان عن مخالفتها أو أحدهما للدستور، فلن إصرار الحكومة على المضي في الاستفتاء، يدعوه إلى أن يخطرأ بأنه لن يراقبه أو يعن نتيجته. وهو ما يمثل رادعاً نفسياً للسلطة المخالفة بتصرفاتها للدستور. وعليه أن ينقل كذلك خطابه في ذلك إلى الرأي العام، وأن يبصره بكل خلل في العملية الاستثنائية حتى لا تقدم السلطة عليها أو تقربها<sup>(٢)</sup>. وعلى الأخص إزاء ما تنص عليه المادة ٦٠ من الدستور الفرنسي من اختصاص المجلس الدستوري لفرنسا بالنظر في قانونية ودستورية La régularité العملية الاستثنائية وإعلان نتائجها.

(١) Decision no 78-96 D.C. du 27 Juil. Rec 1978, O.P.29.

(٢) Francois luchaire. Commentaire à l'article 60 de la constitution. "La constitution de la Republic Française, 2e édition, Economica, pp. 1107- 1109.

### ٣٠٤- ويتعين بالتالى التمييز بين مراحل ثلاث فى العملية الاستفتاءية:

أولها: مرحلة ما قبل الاستفتاء. وتقتصر سلطة المجلس بشأنها فى مجرد إيداء آراء استشارية فى شأن مطابقة أو مخالفة التنظيم الخاص بها للدستور.

ثانيتهما: مرحلة جريان الاستفتاء. وهذه يرأسها المجلس وييسط إشرافه عليها عن طريق مفوضين يتم اختيارهم بالاتفاق مع الحكومة، من بين أعضاء السلطة القضائية.

وثالثها: مرحلة ما بعد الاستفتاء، وفيها يفصل المجلس بصفة نهائية فى الطعون التى تقدم بشأنها ويعلن نتائجها. فإذا تبين له عدم انتظامها، فلما أن يبقى عليها، أو يبطلها كلية أو بصفة جزئية.

ولا يجوز بالتالى أن يفصل المجلس فى قرار أو إجراء تم فى المرحلة التحضيرية لعملية الاستفتاء *Mesure Préparatoire*، وهو ما يراه بعض الفقهاء محل نظر<sup>(١)</sup>.

ذلك أن الطعون الموجهة إلى نتيجة الاستفتاء، والتى يختص المجلس بالفصل فيها، قد يكون سببها اختلال الاستفتاء فى مراحله التحضيرية.

وإذا كان المجلس لا يفصل فى غير الطعون التى تقدم إليه بعد تمام الاستفتاء، إلا أن الطعون التى تؤسس على الخلل فى الأعمال التحضيرية السابقة على إجراء الاستفتاء، ترتبط كذلك بدوران عملية الاستفتاء *Le déroulement des opérations référendaires* وتأثيرها فى نتائجها التى يختص المجلس بإعلانها<sup>(٢)</sup>.

(١) Francois Luchaire, Op. Cit. pp. 1108 - 1109.

(٢) يقول Lauchaire فى ص ١١٠٨ من المرجع السابق بأنه حتى مع التسليم بوجبة نظر المجلس الدستورى فى شأن عدم جواز خضوع القوانين الاستفتاءية لرقابته، فإن القوانين التى تخرج عن مجال هذه الرقابة هى التى تتلقى بصور الاستفتاء التى حددها الدستور.

### المطلب الأول

#### الراضون للفصل في دستورية القوانين الإستثنائية

٣٠٥- وتبثر لقوانين التي قبلتها الجماهير في استفتاء عام، مشكلة بالغة الأهمية تتعلق بما إذا كان رفض الفصل في دستوريته، يعتبر مقبولا وفق أحكام الدستور، إذ تنقسم الآراء في ذلك إلى اتجاهين متعارضين.

يقرر أولهما: أن قضاء للشرعية الدستورية لا يراقبون إلا القوانين التي تقرها السلطة التشريعية. ولا شأن لهم بالتالي بالقوانين التي تم الاقتراع عليها في استفتاء عام، والتي تعتبر -بالنظر إلى حقيقتها- تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية<sup>(١)</sup>.

les lois que la constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité sont uniquement les lois votées par le parlement et non celles qui, adopté par le peuple français à la suite d'un referendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

ويؤيدون رأيهم بالقول بأن المراجعة القضائية للقوانين، غايتها أصلاً مواجهة أعمال السلطة التشريعية، ومراقبة التنفيذ الأمين لعملية تقسيم السلطة من خلال توزيعها فيما بين السلطات التشريعية والتنفيذية اللتين لا تباشران ولاية تنقيحها من نفسيهما، وإنما بتقويض مباشر من الدستور والجماهير. ومن ثم يصير ملائمة مراقبة هاتين السلطتين لضمان تقيدهما بالحدود التي فرضها الدستور على اختصاص كل منهما، ولردع الانحراف فيما إذا جاوزت إرادة الجماهير، وأغفلت احترامها.

ولا كذلك لقوانين التي تنتزع للجماهير مباشرة عليها، وتعتبر بها عن إرادتها دون وسيط. خاصة وأن إخضاع القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية التي تمثل بطريق غير مباشر إرادة الجماهير، للرقابة على الدستورية، لازال أمراً مختلفاً عليه. فإذا تقرر سحب هذه الرقابة إلى الأعمال التشريعية التي تقرها الجماهير مباشرة بنفسها؛ كان ذلك أكثر إثارة للجدل، لاسيما وأن السيادة الوطنية في الدول الديمقراطية، تقتضي أن تقرر الجماهير إرادتها على الكافة.

(١) C.C.61 ~ 20 D.C., 6 nov. 1962, R.p.27., C.C. 92 ~ 313 D.C., 23 sep. 1992, R.p.94

### المطلب الثاني

#### المؤيدون للرقابة القضائية على القوانين الاستثنائية

٣٠٦- يقول هؤلاء بأن عدم خضوع القوانين الاستثنائية، للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية محل نظر من النواحي الآتية:

أولاً: تغليب المعايير الشكلية على الموضوعية. ذلك أن القانون، سواء صدر بموافقة مباشرة من الجماهير أو من السلطة التشريعية التي تمثلهم بطريق غير مباشر، فإن القانون يتحضر عن قواعد عامة مجردة. ولا شأن لخصائص هذه القواعد أو طبيعتها، بطريقة إقرارها Leur mode d'adoption.

ثانياً: ليس من المنطقي التمييز بين قوانين أقرتها الجماهير، وبين قوانين أقرتها السلطة التشريعية التي أنابتها الجماهير عنها في التعبير عن إرادتها. ذلك أن مناط هذا التمييز، هو المغايرة بين قوانين تكون تعبيراً مباشراً عن إرادة الجماهير، وقوانين هي في حقيقتها تعبير غير مباشر عن إرادتها.

ثالثاً: أن التمييز بين قوانين أقرتها الجماهير، وأخرى أقرتها السلطة التشريعية، مؤداه تقرير نوع من التدرج في طرائق مباشرة السيادة الوطنية، لتكون بعض هذه الطرق أعلى شأنًا من غيرها. وهو ما تنفيه المادة ٣ من الدستور الفرنسي التي تقضي بأن السيادة الوطنية تملكها الجماهير، وأنها تباشرها عن طريق ممثليها أو من خلال الاستفتاء<sup>(١)</sup>. بما مؤداه تكافؤ هاتين الطريقتين من طرق مباشرة السيادة الوطنية، وتعاملهما في الدرجة<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: كذلك فإن القول بأن القوانين التي تقرها الجماهير في استفتاء عام من القدرة بمكان، بحيث لا يؤثر عدم إخضاعها للرقابة على الدستورية، في جوهر هذه الرقابة التي تواجه القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية جميعها، في عنوم تطبيقاتها؛ مردود بأن الرقابة على الشرعية الدستورية مناطها حقيقة المسائل التي تقتولها. ولا شأن لقلتها أو كثرتها بالحدود التي ينبغي أن

(١) La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.

(٢) Dominique Rousseau, Droit du Contentieux constitutionnel 3e édition, P. 177.

تمتد إليها هذه الرقابة وفق صحيح أحكام الدستور، خاصة وأن الاستفتاء لا ينحصر بطبيعته فسي مسائل بذواتها، بل يجوز أن يقع على كل موضوع، ولو أقرته الجماهير بالمخالفة للدستور.

خامسا: أن الأصل في القوانين الاستثنائية، أنها تعبير مباشر عن السيادة الشعبية. فإذا لم نجز الطعن عليها بوصفها كذلك، وأجزنا الطعن في القوانين البرلمانية التي تعدلها<sup>(١)</sup>، لصار من حق البرلمان - وهو لا يباشر السيادة الشعبية إلا بطريق غير مباشر - أن ينقض التعبير المباشر لهيئة الناخبين عن هذه السيادة من خلال استفتاء عام تحدد به هيئة الناخبين. في كافة مواقعها، مصير المسائل التي تناولها.

سادسا: أن المراجعة القضائية لم تعد تتوخى مجرد ضمان تقيد كل سلطة بالضوابط التي حدد بها الدستور ولايتها؛ ولكنها تنصرف كذلك إلى صون حقوق المواطنين وحرياتهم التي قد تخل بها القوانين التي ووفق عليها بالاستفتاء، إذا لبهم عوار هذه القوانين على هيئة الناخبين.

سابعا: أن المواطنين لا يولفون على قانون ما في استفتاء عام، إلا بافترض ضمان هذا القانون لحقوقهم ولحرياتهم. فإذا أخذ بها، تعين أن تكون المراجعة القضائية طريق تقويم هذا المورد.

ثامنا: أن رئيس الجمهورية قد يعرض على الجماهير مباشرة نصوص قانون يقدر أن جهة الرقابة على الدستورية قد تبطلها لمخالفتها الدستور. فلا يكون طرحها على المواطنين لاستفتاءهم فيها، إلا بقصد إسباغ حصانة عليها تحول دون تجريحها بوصفها التعبير المباشر عن السيادة الوطنية التي لا تجوز مناقشتها.

ثاسعا: أن التمييز بين القوانين البرلمانية والقوانين الاستثنائية لإخضاع أولاهما دون ثانيتهما للرقابة القضائية على الدستورية، موداه أن يصير الاستفتاء طريقا سهلا للعملية التشريعية. *Liberté de légiférer* وهو كذلك تحييد لقضاء جهة الرقابة على الدستورية *Neutraliser la Jurisprudence Constitutionnelle* عن طريق إخراج القوانين الاستثنائية من محيط ولايتها.

عاشرا: أن اللجوء إلى الاستفتاء يفترض أن يكون طريقا استثنائيا. فإذا أكثر رئيس الجمهورية من اللجوء إلى هذا الطريق تقايما للرقابة على الدستورية، دل ذلك على توجهه لإفراغ

(١) C.C. 89- 265 D.C.. 9 Janv. 1990, R.P.12.

الرقابة القضائية على الدستورية من محتواها، خاصة إذا كان القانون الموافق عليه في الاستفتاء، مخالفا للدستور مخالفة مباشرة، كما لو أعاد عقوبة الإعدام التي حظر للدستور فرضها أو نقلها إلى مرفق عامة إلى القطاع الخاص<sup>(١)</sup> أو عطل جق المرأة في إجهاض حملها بالمخالفة للدستور<sup>(٢)</sup> La suppression de l' interruption volontaire de grossesse.

### المطلب الثالث

#### موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من القوانين الاستثنائية

٣٠٧- تقرر المحكمة أن الدستور إذ خول رئيس الجمهورية أن يعرض في استفتاء عام، ما براه ملائما من المسائل، فإن هذا الترخيص لا يجوز أن يتخذ ذريعة للإخلال بأحكام الدستور. كذلك فإن موافقة الجماهير على قانون طرح عليها في الاستفتاء، لا يرقى بالنصوص التي تضمنها إلى مرتبة نصوص الدستور ذاتها ولا يمنحها قوتها. بل تظل في صحيح تكيفها في ذات مرتبة القانون الذي احتواها، وإلا جاز للقوانين التي أقرتها الجماهير، أن تحل أحكام الدستور ذاتها بغير اتباع القواعد الإجرائية التي تطلبها الدستور لتحديل أحكامه.

ومن ثم تظل القوانين الاستثنائية دون الدستور في درجتها، وتعامل كغيرها من القوانين التي تتحد معها في مدارجها في مجال خضوعها للرقابة على الشرعية الدستورية<sup>(٣)</sup>.

وميزة هذا الاتجاه ضمان سيادة الدستور لتسليط أحكامه على القوانين جميعها سواء في ذلك ما كان منها تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية؛ أو تعبيراً غير مباشر عنها. خاصة وأن الاستفتاء رخصة استثنائية لرئيس الجمهورية، وهو يتقيد في مباشرتها بالحدود التي نص عليها الدستور، فلا يجوز أن يكون موضوعها منافياً لأحكامه، ولا للترفع بها لإسقاط نصوص الدستور ذاتها، وإلا كان ذلك تحديلاً لها.

فضلاً عن أن إخضاع القوانين التي أقرتها الجماهير مباشرة للرقابة على الدستورية، يضيق من مباشرة رئيس الجمهورية لهذه الرخصة الاستثنائية، فلا يلجأ إليها في غير ضرورة تقتضيها.

(١) C.C. 86- 207 D.C., 25- 26 Juiv, 1986, R.P. 61.

(٢) راجع في الحجج المتقدمة جميعها من ١٧٨- ١٧٩- مؤلف دومنيك روسو السابق الإشارة إليه.

(٣) تمسورية عليا -تقضية رقم ١٣٩ و ١٤٠ لسنة ٥ قضائية تمسورية- جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦-قاعدة رقم ٥٠ ص ٣٣٦ من الجزء الثالث من مجموعة أحكامها.

### الفصل الثامن عشر

#### الرقابة القضائية على القوانين المحلية للدستور

#### Le lois constitutionnelles

٣٠٨- تنص الدساتير بأن تحدد في صلبها الهيئة التي توليها مهمة تعديل أحكامها. فلا يختص سواها بإجراء التعديل، سواء كان اقتراح التعديل بمبادرة من رئيس الجمهورية، أم من قبل عدد معين من أعضاء الهيئة التي اختصتها بإجراء التعديل.

وينفذ التعديل بمجرد إقراره من الهيئة التي تتولاه وفقاً للدستور؛ وبالأغلبية الخاصة التي حددها، ووفق الإجراءات التي بينها والتي تنقسم عادة بتعدد حلقاتها وتشابكها وصرامتها؛ وذلك سواء كانت الهيئة التي تتولى هذه المهمة بتقويض من الدستور، ذات تكوين خاص، أم كانت هي السلطة التشريعية ذاتها التي تقرر التعديل بالأغلبية الخاصة لكل من مجلسيها، أو باجتماعهما معاً في شكل مؤتمر.

وهو ما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ التي تنص بما يأتي:

«يُقدم طلب تعديل الدستور إما بمبادرة من رئيس الجمهورية بناءً على اقتراح رئيس مجلس الوزراء؛ وإما من أعضاء البرلمان. ويعرض مشروع أو اقتراح التعديل على كل من مجلسي البرلمان للاقتراح عليه بصيغة واحدة<sup>(١)</sup> En termes identiques. ويكون التعديل لهائياً بعد الموافقة عليه في الاستفتاء.

ومع ذلك لا يعرض مشروع التعديل للاستفتاء إذا قرر رئيس الجمهورية عرضه على البرلمان منعقداً في شكل مؤتمر. وفي هذه الحالة يتعين أن يحصل مشروع التعديل على ثلاثة أخماس أصوات المقتربين. ويتخذ المؤتمر من الجمعية الوطنية مكتباً له.

(١) انظر تعليق Daniel Gaxie على نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي، وذلك في ص ١٣٢٦ حتى ١٣٤٠ .

من الطبعة الثانية من مؤلفه La constitution de la République française, Economica.

ولا يجوز اتخاذ إجراء لتعديل الدستور أو المضي فيه إذا أخل بتكامل الإقليم ويحظر كذلك أن يكون موضوع التعديل الشكل الجمهوري للحكومة<sup>(١)</sup>.

وسواء كان التعديل نافذا بمجرد إقراره من الهيئة التي لخصتها الدستور بإجراءاته، أم كان نافذا معلقا على استفتاء، وسواء يادر رئيس الجمهورية إلى اقتراح التعديل، أم قدم الاقتراح من عدد معين من أعضاء السلطة التشريعية، وسواء تم التعديل بموافقة كل من مجلسيها، أم كان إقراره عن طريق مؤتمر يجمعهما، فحين في كل هذه الأحوال أمام قانون صدر بتعديل الدستور، ولا يجوز بالتالي أن يتعلق بغير المسائل التي تدرجها البساتير عادة في صلبها كنظام الحكم فسي الدولة بما في ذلك كيفية توزيعها لسلطاتها بين مؤسساتها، ونطاق حقوق مواطنيها وحرياتهم. وجميعها قواعد دستورية لا يجوز تغييرها إلا بتعديل الدستور.

وينبغي أن يلاحظ أن قوانين تعديل الدستور سريغض النظر عن موضوعها- هي قوانين بمعنى الكلمة، وإن كان إقرارها يقتضى الدخول في إجراءات معقدة متعددة المراحل تعيها السلطة التأسيسية. وهي السلطة الأصلية التي أتتبق الدستور عليها، وكان من خلقها ابتداء كما constituents d'origine.

٣٠٩- وليس ثمة إجماع على خضوع قوانين تعديل الدستور للمراجعة القضائية. ذلك أن الفقهاء ينقسمون في ذلك إلى أكثر من اتجاه:

(١) وفيما يلي نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي في لغتها الأصلية:

L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du premier ministre et aux membres du parlement.

Le projet ou la proposition de revision doit être voté par les deux assemblées en termes identiques. La revision est définitive apres avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de revision n'est pas présenté au referendum lorsque le président de la République décide de la soumettre au parlement convoqué en Congres; dans ce cas, le projet de revision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congres est celui de l'Assemblée Nationale.

Aucune procédure de revision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porte atteinte a l'intégrité du territoire.

La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une revision.

## الاتجاه الأول

### لا يجوز إخضاع قوانين تعديل الدستور للرقابة القضائية

أن قوانين تعديل الدستور لا يجوز إخضاعها للمراجعة القضائية، وذلك بالنظر إلى موضوعها، وعلى ضوء طبيعة تكوين الهيئة التي أقرتها، والتي تتلقى التفويض مباشرة من السلطة التأسيسية التي صدر الدستور عنها. وعلى الأخص كلما كان عرض هذه القوانين في استفتاء عام، شرطا لمبرئتها. إذ يعتبر قبول الجماهير لها في الاستفتاء، تعبيراً مباشراً عن إرادتها التي لا يجوز لأحد أن يراجعها فيها. فضلاً عن أن إخضاع قوانين تعديل الدستور للمراجعة القضائية -ولو لم يجر استفتاء عام عليها- هو تقييد للسلطة التي أقرتها في حركتها التي تخولها أن تعدل كل مادة في الدستور، وذلك باستثناء مواده التي حددتها السلطة التأسيسية حصراً، كإجراء تعديل في الدستور يخل بوحدة الدولة، أو بتكامل إقليمها، أو بنظامها الجمهوري<sup>(١)</sup>.

## الاتجاه الثاني

### خضوع قوانين تعديل الدستور للرقابة القضائية

أن القوانين التي تعدل الدستور هي من الناحية الشكلية قوانين بمعنى الكلمة اقترح عليها أعضاء السلطة التشريعية. ولا يغير من تكييفها أن تكون هذه السلطة قد اعتمدتها بأغلبية خاصة؛ ولا عرضها على الجماهير في استفتاء؛ ولا إقرارها حتى عن طريق مؤتمر يضم مجلسي البرلمان. ذلك أن هذا المؤتمر لا يزيد أن يكون جمعية برلمانية يجوز إخضاع اللوائح التي تنظم عملها للمراجعة القضائية<sup>(٢)</sup>.

وإذا جاز القول بأن السلطة التي تقرر التعديل، هي في حقيقتها اشتقاق من السلطة التي خرج الدستور أصلاً من رحمها، إلا أن هذا الاشتقاق Constituant dérivé لا يمجها في السلطة

(١) تنص الفقرتان الأخيرتان من المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن تكمل إقليم الدولة والشكل الجمهوري لنظما لا يجوز أن يتعلق بهما تعديل.

Aucune procédure de revision ne peut être engagée ou poursuivie lorsque il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une revision.

(٢) يراجع المجلس الدستوري الفرنسي اللوائح التي تنظم عمل المجلسين التشريعيين المنعقدتين في شكل مؤتمر C.C. 63- 24 D.C., 20 dec. 1963, R.p. 16.

الأصلية التي صدر الدستور ابتداء عنها، ولا يحطها من جنسها. ذلك أن السلطة الأصلية Constituant originaire، هي تلك التي خولتها الجماهير لتصميم دستور يكون ملبياً بمطالبها بما يعيد تنظيم الدولة وفق أسس مختلفة عن تلك التي كان معمولاً بها من قبل.

ولا كذلك سلطة تعديل الدستور. ذلك أن تخويل السلطة الأصلية جهة غيرها حق إجراء هذا التعديل، لا يساويها في مرتبتها. وإنما هي سلطة تابعة للسلطة الأصلية التي تحدد لها إطار حركتها وضوابط عملها من خلال قواعد شكلية وموضوعية تلزمها باتباعها. فلا تملك تحريفها أو الخروج عليها ولا تدور إلا في فلكها. فضلاً عن أن الهيئة التي تعدل الدستور، هي في حقيقة تكييفها القانوني سلطة عامة تضبط ليقاعها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان تنفيذها بالحدود التي فرضها الدستور في شأن الشروط والأوضاع التي تطلبها لتعديل أحكامه. شأنها في ذلك شأن كل سلطة غيرها، ناط الدستور بها مباشرة لاختصاص معين<sup>(١)</sup>.

### الاتجاه الثالث

#### حظر التعديل الشامل لنصوص رقم الدستور

أن كل تعديل للدستور يتعين أن يكون جزئياً، فلا يحيط بنصوص الدستور جميعها، ولا يغير من القيم الجوهرية التي يقوم عليها، ولا من الهياكل الرئيسية لتنظيم الدولة، ولا يحيط بالأغراض النهائية التي يتوخاها. فإذا خرج قانون تعديل الدستور عن حدوده المنطقية تلك، خضع للمراجعة القضائية؛

### الإكراه الرابع

#### اتخدام الفواصل بين التعديل الجزئي والتعديل الشامل للدستور

أن التمييز بين تعديل جزئي للدستور، وبين تأسيس من جديد لكامل أحكامه، وإن كان منطقياً ومفهوماً، إلا أن الفواصل بين هاتين العمليتين تكو كثيراً في العمل.

(١) وصف المجلس الدستوري الفرنسي نفسه بأنه أداة تنظيم لوجه نشاط سلطات الدولة

L'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics

C.C. 61 - 20 D.C., 6 nov. 1962, R.p. 27.

فضلا عن أن التعديل ولو كان جزئيا، قد يخل بتوازن كلن ملحوظا وقت إقرار الدستور، كإلغاء سلطة رئيس الجمهورية في حل البرلمان، أو إسقاط مبدأ المسؤولية الوزارية. فإلى أي حد يعتبر التعديل المقترح ولقعا في حدود متطلباته وأغراضه المنطقية، أو مجاوزا لها...؟!<sup>(١)</sup>

كذلك فإن من المفترض في التعديل، أن يتناول تغييرا مطلوباً، ألا كان موقع هذا التغيير من النصوص التي يشملها، أو درجة أهميتها.

ولا يجوز بالتالي إيراد قيد على مضمون التغيير، إلا إذا تأتى القيد من نصوص الدستور ذاتها، كما لو حظر الدستور تعديل مواد بذاتها فيه كذلك التي تتعلق بالديمقراطية أو العلمانية أو باستقلال السلطة القضائية.

وفيما عدا دائرة النصوص التي حظر الدستور صراحة تعديلها، فإن آفاق التعديل لا يجوز تقييدها، وإلا قصر عن أن يكون كافلا للجماعة مصالحها في أشكالها المتغيرة<sup>(٢)</sup>.

وما يقال من أن للدساتير جميعها قيما ومبادئ دستورية لا يجوز تعديلها، كذلك التي تتعلق بالسيادة الوطنية، ويوحدة الدولة وتكامل إقليمها؛ مردود كذلك بأن هذه القيم والمبادئ ذاتها يجوز أن تعدلها السلطة الأصلية التي كان لها فضل إيجاد الدستور، وبعثه إلى الحياة.

فإذا لم تفرض هذه السلطة على الجهة التي اختصتها بتعديل الدستور، قيودا في شأن نطاق التعديل؛ فإن اختصاص هذه الجهة في إجرائه يكون كاملا، خاصة وأنها سلطة ذات سيادة. وسيانيتها هذه تخولها إلغاء ما نراه من أحكام الدستور، أو تعديلها، أو تكملتها، ولو اختلف التوازن الذي كان يكفل من قبل تماسكها.

وهي بذلك لا تعتبر سلطة عامة تلزم بالنزول على الدستور بما يحول دون خروجها على قواعده. ولكنها سلطة إحدائية تقوم نصوصا جديدة كبديل عن نصوص قائمة؛ وتحور من مضمون النصوص القديمة في بعض جوانبها؛ أو تسد الفراغ فيها. وهي تتمتع في ذلك بسلطة تقديرية لا تقيد بها في مباشرتها أية قاعدة لها قيمة دستورية<sup>(٣)</sup>.

(١) C.C. 93- 312, 2 Sept. 1992, R.p. 79.

(٢) C.C. 81 - 132 D. C., 16 janv. 1982. R. p. 18.

وليس ثمة ما يمنعها بالتالي من الخروج -صراحة أو ضمنا- على قيم أو مبادئ قام الدستور عليها، أو كان لها قيمة دستورية. وذلك مؤداه أن اختصاص الجهة التي ناط الدستور بها تعديل أحكامه، لا يخلوها فقط إدخال تعديل جزئي عليها، بل يحدث أحكام جديدة تضيفها إلى الدستور. بل إن سلطتها في الإضافة تتقدم سلطتها في التعديل المحدود، أو على الأقل تساويها. ويتعين دائما في كل تعديل للدستور -إضافة لأحكامه أو تغييرا لها على وجه آخر- أن تقتصر الجهة القضائية رقبتها على الملطة التي ناط الدستور بها تعديل أحكامه، فيما قيدها الدستور به في مجال مباشرتها لهذا الاختصاص<sup>(١)</sup> وليس لها بالتالي أن تتدخل في عملها لتقييم الحدود التي ارتأتها لهذا التعديل.

### الاتجاه الخامس

#### قوانين تعديل الدستور لها شرائطها التي لا يجوز أن ينحدر التعديل منها

ولما كانت آراء المؤيدين أو المعارضين للرقابة القضائية على قوانين تعديل الدستور؛ فإن ما أراه صوابا هو أن كل تعديل مشروط ابتداء بالتقيد بالقواعد التي فرضها الدستور لإجراء التعديل، سواء في ذلك ما كان منها من طبيعة شكلية، كاستيفاد المراحل التي حددها الدستور لإجراء التعديل، وأن يتم بالأغلبية الخاصة التي اشترطها، وعلى ضوء نتيجة الاستفتاء إذا كان مطلوبا كشرط لنفاذه<sup>(٢)</sup>؛ أو ما كان من هذه القيود من طبيعة موضوعية كما لو حظر الدستور تغيير الشكل الجمهوري لنظام الحكم، أو النزول عن جزء من إقليم الدولة أو الدخول في أحلاف أجنبية

(١) انظر عرض بعض الآراء المؤيدة أو المعارضة للقوانين المحلة للدستور

Dimitri Georges Iavroff, le droit constitutionnel de la ve Republique, 2e edition, pp. 178- 180.

(٢) وفقا لنص المادة ١٨٩ من دستور جمهورية مصر العربية يتم تعديل الدستور من خلال مراحل متعددة تلي كل منها المرحلة التي سبقتها. إذ يناقش مجلس الشعب أولا مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه سواء تعلق الأمر بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، وسواء كان طلب التعديل مقاما من رئيس الجمهورية أو موقعا عليه من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل، فإذا رفض الطلب، فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض.

وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة، المواد المطلوب تعديلها. فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتاءه في شأنه، ويشتر نالفا من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء بقبوله.

لأغراض لا صلة لها بحفظ السلم الدولي، أو الإخلال بقواعد القانون الدولي التي لا يجوز نقضها Jus Cogens أو تقرير حقوق المواطنين تكون أقل في مستوياتها مما هو مقرر منها في الدول الديمقراطية، أو الإخلال بحقوق بذواتها نص عليها حصراً، أو تغيير أوضاع حرص على إبقائها كنظام توارث العرش في بعض الدول<sup>(١)</sup> أو كالتربية الديمقراطية لنظام الحكم بها، أو كوحدة الدولة وتكامل إقليمها. ذلك أن هذه القيود بنوعها من عمل السلطة التأسيسية؛ فلا يجوز أن تخرج عليها الهيئة التي فوضتها هذه السلطة في إجراء التعديل.

ومشروط ثانياً بأن يكون التعديل خطوة أكبر وأعمق في اتجاه تأكيد حقوق المواطنين وحرياتهم. فإذا انقض التعديل على ما هو قائم منها بدلاً من ضمانها بصورة أفضل؛ كان ذلك نكولاً من الجهة التي لخصتها للدستور بتعديل أحكامه، عن الحدود المنطقية للتفويض الصادر لها من السلطة التأسيسية التي كان للدستور محصلة جهدها في إرساء قواعده.

ولا يجوز بالتالي أن يخل التعديل بالسيادة الوطنية، ولا بكون الجنسية شرط للمواطنة؛ ولا بوحدة الدولة وتكامل أجزائها؛ ولا أن يكفل لأقلية وطنية حقوقاً أقل من التي كفلها لباقي المواطنين؛ ولا أن يكون منها حقوقاً رئيسية ترتبط بالتعليم الإنسانية التي لا يجوز التفريط فيهما، خاصة ما يكون في وجوده أسبق من الدولة ذاتها<sup>(٢)</sup>، ومن ذلك الحق في التعددية التي تملئها الفطرة الإنسانية، وحرية لخلق والإبداع في العلوم والفنون على اختلافها لتسخيرها من أجل الرقي الإنساني، وحرية التعبير عن الآراء التي نبغضها، والحق في مقاومة الاستبداد.

وهذا المعنى هو ما تؤكد بعض الدساتير الأجنبية كنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية التي تحظر تعديل المواد من ١ إلى ٢٠ من هذا القانون. وجميعها تتصل بكرامة الإنسان وصون حرمة حياته الخاصة، وحقه في التنقل والاجتماع والتجبر عن رأيه ونشره، وغير ذلك من حقوقه الأساسية التي لا تنقسم بما يجعل النزول عنها أو تقادم الحق فيها، مستعصياً، وبما يكفل بالتالي ترابطها وانماجها في وحدة عضوية تجمعها،

(١) انظر في ذلك دستور ١٩٢٣ الذي كان معمولاً به في مصر.

(٢) يصف البعض هذه المبادئ بأنها فوق الدستور فلا يجوز المساس بها *Principes supra- constitutionnels* وهي فكرة رفضها المجلس الدستوري الفرنسي. C.C. 93- 312, 2 Sep.1992, R.p. 76.

لنكون جميعها واقعة في إطار منظومة واحدة لا تتفرق في أغراضها النهائية، ولا يناقض بعضها البعض في مضمونه.

ومشروط ثالثاً: بأن يكون التعديل جزئياً. ذلك أن السلطة التي ناط بها الدستور تعديل أحكامه، لا تعتبر سلطة بديلة عن السلطة التي أحدثتها.

ولا يجوز -ومن ثم- أن يكون تعديلها للدستور انقلاباً على أحكامه جميعها، تفسير منها بالطريقة التي تراها، وكأنها تضع للدولة دستوراً جديداً *Modifier la Constitution, n'est pas changer de constitution* خاصة وأن التعديل -في طبيعته- يفترض تقويم اعوجاج في أجزاء محدودة من الدستور، وتلكاً مع احتياجات المواطنين.

ولا يجوز بالتالي أن يتمحصر التعديل عن إلغاء الدستور. بل يتعين إذا لم يعد الدستور ملبياً لمصالح المواطنين، أن تقوم بوضع الدستور الجديد سلطة تأسيسية جديدة تنظر بنفسها فيما تراه أحفظ لحقوقهم وأسون لحرياتهم.

وهذا المعنى مستفاد ضمناً من الفقرة الأولى من المادة ١٨٩ من الدستور للدايم لجمهورية مصر العربية التي تخول كلا من رئيس الجمهورية وعدد معين من أعضاء السلطة التشريعية طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، لا إبدال الدستور القائم بدستور جديد.

وفي إطار هذه القيود، يباشر كل من السلطة التي تعدل الدستور من ولايتها؛ وترهبها الجهة القضائية في كيفية مباشرتها لهذه الولاية.

فلا تكون أولاهما معصومة من الرقابة القضائية، إلا بقدر مباشرتها لولايتها في الحدود التي رسمها الدستور لها، وفي إطار الضوابط المنطقية لممارستها.

ولا تكون ثانيتهما ممنوعة من مراقبة عمل أولاهما، كلما قام اختصاصها في تقييم هذا العمل على متطلباته الدستورية للشكلية منها والموضوعية، وكذلك على موجباته المنطقية، خاصة وأن إطلاق السلطة التي تعدل الدستور، من كوابحها، مؤداه انفلاتها.

ومشروط رابعاً: بأن القوانين التي تعدل مادة أو أكثر في الدستور، les lois constitutionnelles لا تعتبر قوانين مفسرة للدستور. ذلك أن تفسير النصوص القائمة لا يعني تعديلها أو الإضافة إليها، بل مجرد تجلية غموض شابها من جراء صياغتها بطريقة معيبة Eclaircir sa signification cachée par une rédaction insuffisamment claire. فإذا عدل قانون من أحكام الدستور من خلال التدرع بتفسيرها، بطل هذا القانون.

فضلا عن أن القانون المفسر لا يجوز أن يتعلق بخير قانون من درجته، وليس بالدستور الأعلى مرتبة من القانون.

ولا كذلك قوانين مراجعة الدستور، لأنها تستعيض عن مادة أو أكثر فيه بخيرها، وتمنح النصوص الجديدة قوة نصوص الدستور ذاتها<sup>(١)</sup>.

ومشروط خامساً: بأن الشروط الموضوعية التي تحيط بها السلطة التأسيسية تعديل الدستور، تقتضى من الجهة القائمة على الرقابة الدستورية، أن تسبر أغوارها. فإذا حظر الدستور تعديل النظام الديمقراطي للحكم، تبين على جهة الرقابة على الدستورية أن تستظهر ما إذا كان التعديل حتى مع تقيده بأحد أشكال الديمقراطية، قد ناقض خصائصها التي تقتضى أصلاً تقسيم السلطة وتوزيعها وتداولها بطريق الاقتراع، وضمان استقلال السلطة القضائية، ومساواة المواطنين وتضامنهم<sup>(٢)</sup>.

ومشروط سادساً: بأن تعديل الدستور يفترض أن تكون الهيئة التي تتولى التعديل متحررة من كافة الضغوط التي تعطل أو تقيد حريتها في التقدير والتقرير. ولا كذلك أن يكون جزء من إقليمها محتلاً أو واقعاً في قبضة بعض المتمردين عليها.

ومشروط سابعاً: ألا يكون التعديل قد أدخل على نصوص الدستور تناقضاً يستحيل أن يتحقق به التوافق بين أجزائها.

(١) Decisions of the Constitutional Court of Romania ; DECISION No19 on February, 14 1995 ; Published in the Official Gazette of Romania",no39, from February,23,1995

( ٢ ) عكس ذلك Daniel Gaxie من ١٣٢٩ من تطبيقه على نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي المنشور في المؤلف السابق الإشارة إليه وعنوانه "دستور الجمهورية الفرنسية- الطبعة الثانية Economica ويؤيد المجلس الدستوري الفرنسي حصوع القوانين التي تعدل الدستور للرقابة إذا لم تلتزم السلطة التي أجرت التعديل الشروط التي فرضها الدستور عليها C.C. 93- 312 D.C. 2 sep. 1992, R.p. 76.

### الفصل التاسع عشر أبعاد الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٣١٠- تكبسط المراجعة القضائية في شأن دستورية القانون، على كل قاعدة قانونية سواء أقرتها الحكومة الفيدرالية، أو ولايتها، أو مقاطعاتها؛ لم أقرتها في الدولة البسيطة حكومتها المركزية، أو سلطاتها المحلية، وسواء تم إغراق هذه القواعد القانونية في قانون أو لائحة أو في معاهدة دولية.

وقد كانت الرقابة السابقة على صدور القانون، قائمة في إسبانيا، ثم تقرر إلغاؤها عام ١٩٨٥. ولم يبق من الدول الأوروبية التي تطبقها غير فرنسا والبرتغال. بل إن البرتغال تأخذ بصورتين للرقابة هما الرقابة السابقة واللاحقة. أما في النمسا، فإن دور الرقابة القضائية السابقة محدود الأهمية، إذ يقتصر على عملية توزيع الاختصاص بين الاتحاد والوحدات الأعضاء فيه. ولا توجد هذه الرقابة في سويسرا، ولا في غيرها من الدول الأوروبية عدا تلك التي أشرنا إليها.

وللرقابة القضائية السابقة على صدور القانون شأنها في ذلك شأن الرقابة اللاحقة على العمل به، ضوابطها. ذلك أن هاتين الرقابتين لا تختلفان عن بعضهما، إلا في زمن إجراء كل منهما. ولكنهما تتناولان معا قانونا أقره البرلمان بعد أن حدد المسائل التي ينظمها، والوسائل إلى تحقيق الأغراض التي يبتغيها من تنظيمها. وعلى هذين الأمرين معا تكبسط الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية لتعلقها بموضوع القانون، وبالوسائل التي تحقق أغراضه.

فالأصل في التعددية، وفي حرية العقيدة، أنهما حريتان مطلقتان. فإذا قيدهما قانون، فإن موضوع القانون يكون مخالفا للدستور<sup>(١)</sup>.

وحتى إذا كان موضوع القانون مما يجوز تنظيمه تشريعا وفقا للدستور -وهي الصورة الغالبة- فإن النصوص القانونية التي أقرها لتنظيم هذا الموضوع قد لا تكون ملائمة في تقدير جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تغاير موازينها في التقويم، اجتهد السلطة التشريعية

(١) لا يقتصر مفهوم التعددية على التعددية الحزبية، ولكنها مفهوم شامل يتناول التعددية التي تقوم على تبادل الآراء، والتعددية في طرائق التعبير على اختلافها فنيا وأدبيا أو علميا أو إبداعيا أو مهنيا. وهي فسي حقيقتها أساس المجتمع المدني، ونقطة الأسس في نظم الديمقراطية.

المنتخبة، والتي يقال عادة بأنها أكثر شرعية من جهة الرقابة، لأنها تعبر بصورة أدق فيما تقرره من لقوانين عن السيادة الشعبية. ولها بالتالي حق اختيار موضوع القانون، وكذلك انتهاج ما تراه من الوسائل لتنظيمه. وهو قول باطل يتخذ صورة للحق. ذلك أن السيادة الشعبية لا تتناهى للدستور، ولكنها تفرض فمن يمارسها الخضوع لأحكامه.

وليس للسلطة التشريعية بالتالي حصانة تعطيها فوق الدستور، أو تخولها مجاوزة حدوده، سواء أطلق الدستور ولايتها بما يخولها حق تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم وشؤونهم جميعا؛ أم حصر ولايتها في مسائل بذواتها، واحتجز ما عداها للسلطة التنفيذية تشرع فيها من خلال لوائحها، مثلما هو الحال في فرنسا<sup>(١)</sup>.

ولئن جاز القول بأن الولاية المفتوحة للسلطة التشريعية هي الأصل، وأنها تخولها تنظيم كافة المسائل أيا كان موضوعها، كصون الأمن العام وتنظيم المرافق لضمان تسييرها أو تطويرها، ومعاينة الجناة، وكفالة استقلال السلطة القضائية، وضمان تنوع الآراء بغض النظر عن حولجها ومصدر تلقيها؛ وكان للسلطة التشريعية بالتالي حق تنظيم كل حق أو حرية أيا كان مضمونها؛ إلا أن النصوص القانونية التي نقرأها في شأن كل موضوع تتولاه بالتنظيم، تُعتبر مجرد وسائل حدثتها لتحقيق أغراض بذواتها. ذلك أن هذه الوسائل إما أن تكون مدخلا لصون حقوق المواطنين وحرياتهم؛ أو موطئا للإخلال بها ويمكن فيها بالتالي احتمال نقض الحقوق التي كفلها الدستور.

(١) تحدد المادة ٢٤ من الدستور الفرنسي المسائل التي ينظمها القانون، وحصرتها في المسائل التي عينتها والتي يدرج تحتها تقرير القواعد المنظمة للحقوق المدنية والضمائم الأساسية المكفولة للمواطنين من أجل مباشرة حرياتهم العامة. والحق في العمل والتنظيم النقابي والضمن الاجتماعي والقوانين المالية التي تحدد موارد الدولة وأعباءها وفق الشروط التي يصدر بها قانون عضوي، فضلا عن تساميم المشروعات ونقل ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص، والضمائم الأساسية المكفولة لموظفي الدول المدنيين والعسكريين وكذلك قواعد التجريم والعقاب والعفو وإنشاء نظم قضائية جديدة ونظم قضائها بالإضافة إلى الجنسية وحالة الأشخاص وأهليتهم ونمهم المالية وتوارثهم، والنظم الانتخابية البرلمانية والمحلية وتنظيم الدفاع المدني، ونظم الملكية والحقوق عـ والالتزامات المدنية والتجارية. وتخصص المادة ٣٧ من ١٩٥٨ الدستور، على أن المسائل التي لا تنحز في المجال المحجوز للقانون، تُعتبر من طبيعة لائحية.

ومن ثم يتعين أن تزنها الهيئة القضائية بالقسط للتحقق من توافر صلة منطقية بين هذه الوسائل وغاياتها، وإلا تعين إبطال النصوص المنضية إليها. فلا يكون هذا الإبطال تحكيميا.

ومن ثم ينحل تقييم هذه الوسائل إلى عملية ذهنية لا تماثل تلك التي تجريها السلطة التشريعية في مجال مفاضلتها بين البدائل التي تتزاحم على الموضوع الواحد.

ذلك أن الهيئة القضائية لا تحل نفسها محل المشرع سواء في مجال اختيار بديل دون آخر، أو تفضيل بديل على غيره. ولكنها تنظر فيما إذا كان هذا الاختيار والتزجيج كافلا عقلا لتحقيق الأغراض التي توخاها المشرع من التنظيم.

وهي بذلك تستهض مسئولية في اختيار أكثر الوسائل ملائمة لتحقيق هذه الأغراض في إطار نصوص الدستور. بل إنها قد تكون في حيثياتها ما تراه مضمونا صحيحا لهذه الوسائل<sup>(١)</sup>.

ومهمتها في ذلك شائكة بلا نزاع، وتثير صعابا لا يستهان بها، لعل أفتحها خطرا اتهاها بأنها تشرع لنفسها، وأنها تقوض السلطة التقديرية التي يملكها المشرع، وأنها تقوض وصايتها على الشئون التي ينفرد بها؛ وأن من المفترض في السلطة التشريعية سعيها لضعان المصلحة العامة في كافة مظهراتها، ومن أوجهها المختلفة<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن تراجعها الهيئة القضائية في مناح تحقها؛ ولا أن تقيم نفسها محلها فيما تراه أكفل لإشباعها؛ ولا أن تكون سلطتها في تقييم النصوص القانونية المطعون عليها موازية لاختصاص السلطة التشريعية في اختيارها لها، والتي تقدر على ضوئها الوسائل التي تراها أكثر صونا لحقوق مواطنيها وحررياتهم<sup>(٣)</sup>.

وأما كان شأن المخاطر التي تجابه الهيئة القضائية في هذه المنطقة الوعرة، فإن نظرها في الوسائل التي اختارها المشرع - وهي للنصوص القانونية التي أقرها لتنظيم موضوع معين - وتقديرها ملائمة اللجوء إليها لتحقيق الأغراض التي يتوخاها هذا التنظيم، يظل أصلا مستعصيا على الجدل. ذلك أن تقييمها لهذه الوسائل لا يتوخى إبدالها بغيرها، وإنما فقط تقرير مجاوزتها

(١) C. C. 93 - 326 - D. C., 11 août 1993, R.p. 217.

(٢) C.C. 83 - 162 D.C., 19 - 20 juil. 1983, R.p. 49.

(٣) C.C. 74 - 51 D.C., 15 janvier 1975, R.p. 19.

الأغراض المقصودة منها. وليس للمشرع بالتالى أن يتذرع بالسلطة التقديرية التى يملكها لتقرير ما يراه من النصوص القانونية كافيا لتحقيق المصلحة المبتغاة من التنظيم التشريعى الذى أقره؛ ولا أن يبرر خطأه فى تقدير الوسائل الملائمة، بغموض نصوص الدستور التى يتصل بها هذا التنظيم؛ ولا بصعوبة إدراكه لجوانبها بالنظر إلى دقة المسائل التى تناولها المشرع على ضيق طبيعتها الاقتصادية أو الاجتماعية أو المالية أو الانتخابية المعقدة. ذلك أن الدستور لا يأذن بغير الوسائل الأقل تقييدا للحرية، والأكثر ضمانا للحقوق. ولا تفعل الهيئة القضائية شيئا غير إنفاذ حكم الدستور حتى لا يكون اختيار المشرع للوسائل التى اصطفاها، قلما على الأهواء أو قرين التحكم.

### المبحث الأول

#### صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا

#### المطلب الأول

##### الرقابة القضائية المحدودة السابقة على صدور القانون

٣١١- الصورة المثلى للرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها، هي التي نص عليها دستور فرنسا لعام ١٩٥٨، ومن ثم نعرض لها بشيء من التفصيل، ومع ملاحظة أن هذه الرقابة لا تزال محدودة في نتائجها بالنظر إلى أن ما يستبعد من نطاقها، أكثر مما يدخل في محيطها. وهي بذلك ولاية غير مفتوحة، ولا عريضة روافدها، ولا يلج الأفراد أبوابها. ولهذه الرقابة في فرنسا صوراً متعددة نعالجها تباعاً على النحو الآتي:

#### الفرع الأول

##### الرقابة القضائية السابقة والوجوبية على القوانين العضوية

٣١٢- تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي على أن القوانين التي يطلع عليها الدستور صفة القوانين العضوية، هي التي يتم الاقتراع عليها وتعديلها وفقاً لأحكام هذه المادة. ومن ثم لا تعتبر القوانين العضوية كذلك بالنظر إلى خصائص معينة تنفرد بها وإما بتحدد صفتها هذه بناء على نص في الدستور. وتتوخى هذه القوانين التي ظهر مصطلحها لأول مرة في دستور ١٨٤٨، أن تصل المسائل التي حثتها<sup>(١)</sup>.

وتحظى القوانين العضوية بأهمية كبيرة منذ العمل بدستور ١٩٥٨، وذلك من النواحي الآتي

بيانها:

(١) نحل المادة ٦٣ من الدستور إلى قانون عضوي لبيان القواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري، وكيانية مباشرته لوظيفته، والإجراءات التي تتبع أمله خاصة ما يتعلق منها بتحديد مواعيد الطعن. وعسلاً بنص المادة ٦٥ من الدستور يرأس رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاء ويكون وزير العدل نائباً له. ويشكل هذا المجلس -عسلاً عما تقدم- من تسعة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية وفق الشروط التي يصدر بها قانون عضوي. وتنص المادة ٦٧ من الدستور على أن يصدر قانون عضوي بتشكيل محكمة العدل العليا، وتحديد قواعدها مباشرتها لوظيفتها، والإجراءات التي تتبع أمله.

أولاً: أن الاقتراح عليها وتعديلها لا يجوز إلا وفق القواعد الإجرائية الخاصة المنصوص عليها في المادة ٤٦ من دستور ١٩٥٨.

ثانياً: أن نطاق عمل للقوانين العضوية ينحصر في مسائل محددة عهد إليها الدستور بها. وليس لها بالتالي أن تنظم ما عداها إلا بوصفها مجرد قوانين عادية<sup>(١)</sup>.

كذلك لا يجوز للقوانين العادية أن تخل باختصاص تتولاها للقوانين العضوية وفقاً للدستور<sup>(٢)</sup>. لا يجوز إصدار القوانين العضوية قبل أن يعلن المجلس الدستوري مطابقتها للدستور. وهو ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٤٦، والفقرة الأولى من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي التي تقضى أولاً بأول أن القوانين التي يعتبرها الدستور قوانين عضوية، لا يجوز إصدارها قبل أن يؤكد المجلس دستوريته<sup>(٣)</sup>؛ وتنص ثانيتهما على أن القوانين العضوية قبل إصدارها، وللوائح البرلمانية لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ قبل تطبيقها، يتعين عرضها على المجلس كي يفصل في تطبيقها أو تعارضها مع الدستور.

ومن ثم تكون الرقابة على دستورية القوانين العضوية، رقابة وجوبية لا تقتصر على ما يكون من بينها مطلقاً مخالفة للدستور؛ ولكنها تشمل للقوانين العضوية جميعها، ومع ملاحظة أن هذه الرقابة لا يحررها إلا رئيس مجلس الوزراء بوصفه السلطة المختصة بعرض القوانين العضوية على المجلس الدستوري في الوقت الذي يراه.

غير أن سلطته في اختبار وقت عرضها مقيدة من جهتين:

أولاهما: أن من القوانين العضوية ما يحدد المهلة التي يتقيد بها رئيس مجلس الوزراء في شأن عرض هذه القوانين على جهة الرقابة.

ثانيتهما: أن القوانين العضوية التي لا تعرض على هذه الجهة، يستحيل إصدارها وتطبيقها.

(١) C.C. Decision no 75 – 62 D C du 28 janvier 1876.

(٢) C.C. decision no 84 – 177 DC du 30 août 1984.

(٣) Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu' après declaration par le conseil constitutionnel de leur conformité à la constitution.

وعلى المجلس الدستوري أن يفصل في دستوريته نصوص القوانين العضوية جميعها، وذلك بعد التحقق من استيفاء الأوضاع الإجرائية التي يتطلبها الدستور في مجال إعدادها، ومن بينها.

أولاً: أن المشروع أو الاقتراح الخاص بها، لا يجوز أن يناقش من قبل الجمعية التي يعرض عليها أولاً، ولا أن تقرر عليه قبل انقضاء ١٥ يوماً من وقت إيداع هذا المشروع أو الاقتراح.

ثانياً: إذا لم يتم الاتفاق بين مجلسي البرلمان حول مشروع القانون أو الاقتراح، فإن إقرار الجمعية الوطنية لهذا المشروع أو الاقتراح في قراءتها الأخيرة لأيهما، تعين أن يكون بالأغلبية المطلقة لأعضائها.<sup>(١)</sup>

ثالثاً: تعين الاقتراح على القوانين العضوية الصادرة في شأن مجلس الشيوخ، بالصيغة ذاتها في كل من مجلسي البرلمان.

رابعاً: لا يجوز أن تنظم القوانين العضوية، غير المسائل التي اقتصصها الدستور بها.

فإذا تبين للمجلس الدستوري أن قانوناً عادياً نظم شأناً من الشؤون التي تنفرد بها القوانين العضوية وفقاً للدستور، قضى بعدم دستورية هذا القانون<sup>(٢)</sup>.

ولا كذلك أن تنظم القوانين العضوية مسائل لا تدخل في اختصاصها، أو تتناول في بعض جوانبها تقرير نصوص قانونية في منطقة تنظمها القوانين العادية.

ذلك أن المجلس لا يقضي في هذه الحالة بعدم دستورية نصوص القوانين العضوية فيما جاوزت فيه الحدود التي رسمها الدستور لها، ولكنه يعيد ترتيبها وتصنيفها كي يدمجها في إطار القوانين العادية أو العضوية، وفق النطاق الذي حدده الدستور لكل منها<sup>(٣)</sup>.

(١) C.C. 70- 40 D.C., 9 juillet, 1970, R.p. 25

(٢) C.C. 86 -217 D.C., 18 sep. 1986, R.p. 141

(٣) C.C. 75- 63 D.C., 28 janv. 1976, R.p. 141

### الفرع الثاني

#### الرقابة القضائية السابقة والاختيارية على القوانين العادية قبل إصدارها

٣١٣- وفيما يتعلق بالقوانين العادية قبل إصدارها، فإن، الفصل في دستوريته يتم وفقا للفقرة الثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي، وذلك بإحالتها إلى المجلس الدستوري من رئيس الجمهورية، أو من رئيس مجلس الوزراء، أو من رئيس الجمعية الوطنية، أو من رئيس مجلس الشيوخ.

وقد لوحظ أنه فيما عدا رئيس مجلس الشيوخ، فإن كلا من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية، لا مصلحة لهم في الطعن بعدم دستورية قانون هم صانعوه، أو أسهموا فيه بشكل أو بآخر.

ومن ثم ظل طريق الطعن في القوانين العادية شبه مغلق، إلى أن عدل دستور ١٩٥٨ في ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ بما يخول ستين نائبا أو ستين شيخا، الحق في الطعن بعدم دستورية هذه القوانين أمام المجلس<sup>(١)</sup>.

وهو ما كفل للمعارضة فرصة المنازعة في تلك القوانين، سواء من جهة متطلباتها الشكلية أو من جهة محتواها<sup>(٢)</sup>.

ولا يقبل المجلس هذه الطعون البرلمانية، إلا بعد الاستيثاق من عدد الأعضاء الموقعين عليها وصحة توقيعاتهم. فإن كان الموقعون على الطعن أقل من ستين نائبا أو ستين شيخا؛ أو كان الموقعون ستين عضوا برلمانيا نصفهم من الجمعية الوطنية، ويقيهم من مجلس الشيوخ؛ فإن الطعن المقدم منهم لا يكون مقبولا. ولا يجوز بالتالي أن تطعن السلطة القضائية ولا الأفراد في دستورية القوانين العادية قبل إصدارها، ما لم يعدل الدستور ليكمل لهم هذا الحق.

(١)، (٢) يلاحظ أن تحويل ستين نائبا أو ستين شيخا حق الطعن بعدم دستورية قانون قبل إصداره. قد تقرر بعد أن خاض رئيس الجمهورية جيسكل ديستان انتخابات صعبة. فلما أن يقدم للمعارضة بمبادرة طيبة تخولها الوسائل الدستورية التي تتعارض بها في السياسة التشريعية للحكومة. فضلا عن تأكيد ضرورة ضمان حقوق المواطنين وحرياتهم بطريقة أفضل حتى لا تتحكم فيها الأغلبية البرلمانية.

ولأن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا سواء في صورتها الاختيارية التي يكون موضوعها قانونا عاديا؛ أم في صورتها الوجوبية التي تتعلق بالقوانين العضوية- هي رقابة سابقة على العمل بالقانون، فإن مناهلها، هو القانون قبل إصداره<sup>(١)</sup>.

وتلك سمة يتميز بها النظام الفرنسي الذي ينظر إلى الرقابة على دستورية القوانين من جهة التركيز على طبيعتها الوقائية التي تحول دون إصدار قوانين مخالفة للدستور.

وهو ما يجعل فرصة الطعن في القوانين العادية قصيرة للغاية. ذلك أن ميعاد الطعن فيها لا يجوز إلا خلال الفترة الزمنية الواقعة بين إقرار القانون بصفة نهائية؛ وقبل أن يصدره رئيس الجمهورية خلال الفترة التي حدتها المادة العاشرة من الدستور، وأقصاها ١٥ يوما<sup>(٢)</sup> بما يخول رئيس الجمهورية أن يجهض كل طعن يتعلق بدستورية القانون، إذا أصدره مباشرة بعد موافقة البرلمان نهائيا على أحكامه.

ولكن الذي يقع عملا هو أن يعطي رئيس الجمهورية للراغبين من الجهات التي خولها الدستور حق الطعن بعدم دستورية القانون، فسحة من الوقت تبشر فيها هذا الحق، خاصة إذا أضحى ذوهه أو بعضهم، عن رغبتهم في مخاصمة القانون بعد إقراره.

وما يقترحه البعض من ضرورة أن يفرض المجلس رقابته -لا على القوانين بعد إقرارها- بل على مشروعاتها قبل مناقشتها برلمانيا، حتى يحسم هذا المجلس سلفا للمعضلات الدستورية المتصلة بها، كي تركز السلطة التشريعية جهدها على النواحي الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لتشريعاتها ولا تبدد وقتها في بحث مشكلاتها الدستورية؛ مردود بأن الرقابة القضائية المسابقة، لا تتعلق بغير القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية بصورة نهائية. ولا كذلك مشروعاتها التي لا تزال تناقشها وتجعل بصرها فيها لأنها قد ترفضها، فلا يكون لها من وجود. وقد تحلها بما يغير من الصورة التي كانت عليها وقت تقديمها. فإذا راقبها المجلس قبل أن تتخذ السلطة التشريعية قرارا نهائيا فيها، فإنه يكون قد تدخل في سلطة التقرير التي تملكها، وأخل بالتوازن بين نصوص

(١) تتعلق الرقابة الوجوبية للمجلس الدستوري الفرنسي بالقوانين العضوية التي تسود إلى شرحها.

(٢) تنص المادة العاشرة من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن يصدر رئيس الجمهورية القوانين خلال خمسة عشر يوما التالية لإحالة القانون إلى الحكومة بعد الموافقة النهائية للبرلمان عليه.

مشروع القانون، ورتبها بالطريقة التي يراها، ولكنه ينظم أفكار السلطة التشريعية ويبسط سيطرته عليها.

كذلك فإن من المفترض في كل مشروع قانون -وعلا بنص المادة ٣٩ من الدستور الفرنسي- أن يناقش بمجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة فيه<sup>(١)</sup> والبرلمان وحده هو المختص بتقرير ما يراه في هذا المشروع قبولا أو رفضا أو تعديلا. ولا تحل سلطة سواء في ذلك.

والرقابة السابقة التي يبشرها المجلس في شأن القوانين العادية قبل إصدارها، بكفي لتحريرها أن يقدم الطعن من إحدى الجهات التي حددتها الفقرة الثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي، ولن يفرغ طلبها في كتاب موجه إلى رئيس المجلس الدستوري.

فإذا كان الطعن مقبلا من متين ناظبا أو من متين شيخا، فليس شرطا أن يقدم هؤلاء أو أولئك طلبا واحدا بالطعن يوقعون جميعهم عليه Conjointement بل يجوز أن يقدموا به منفردين Individuellement على أن تنطلق طعونهم الفردية بذات القانون<sup>(٢)</sup>. فإذا قدم الطلب من أحد الأفراد كان غير مقبول<sup>(٣)</sup>.

كذلك ليس شرطا أن يبين الطعن أسبابه بصورة تفصيلية؛ ولا أن يكون معززا بدعائها القانونية، وأن دل العمل على أن الذين يقدمون طعونهم إلى المجلس، يسهبون عادة في شرحها، وفي بيان حججها، والأسس التي تقوم عليها، ويفصلون بالتالي أوجه عوارها واحدا بعد الآخر حتى يهبطوا بها. وقد حرضهم على ذلك أن طعونهم هذه تنشر في الجريدة الرسمية؛ وكان عليهم بالتالي التذليل على جديتهم فيها من خلال عرضها بطريقة مفصلة تتكامل بها براهينها<sup>(٤)</sup>.

(١) وأولى من الاقتراح الذي يدعو المجلس الدستوري الفرنسي إلى النظر في مشروع القانون قبل أن يناقشه البرلمان لتحديد حكم الدستور في شأن المسائل الدستورية التي يثيرها هذا المشروع، أن يأخذ هذا المجلس بالرقابة اللاحقة متلما هو الحال في كثير من الدول.

(٢) Decision no. 59- 1, D. C. du 14-mai 1959, Rec., 1958- 59 p. 57.

(٣) Decision no. 76- 69 D.C. du 8 nov. 1976, Rec., 1976, P. 37.

(٤) في خطاب من رئيس مجلس الشيوخ إلى رئيس المجلس الدستوري يطمئن فيه على قانون يمن حرية تكوين الجمعيات، اكتفى رئيس مجلس الشيوخ بالقول بأنه يعرض هذا القانون على المجلس للفصل في دستوريته.

وأيا كان الشكل الذي تفرغ فيه الطعون، فإن المجلس لا يلتزم بالرد على كل وجه من أوجه  
العوارد التي نسبها الطاعنون إلى النصوص التي يدعون مخالفتها للدستور.

وإنه كذلك أن يتم قراره ببطلانها، على غير الدعائم التي تمسك الطاعنون بها، وأن يفصل  
في دستورية نصوص قانونية غير التي طرحوها، سواء كان هذا الفصل داعماً لوجهة نظر  
الطاعنين، أو منتهياً إلى ما يناقضها.

وفي كل حال، يحدد المجلس -بصفة مبدئية- مضمون القانون في جملة أحكامه، كي  
يفصل على ضوء هذا المضمون، في صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها.

### المبحث الثاني

#### خصائص الرقابة القضائية السابقة على القوانين في فرنسا

٣١٤- ومواء كانت الرقابة التي يباشرها المجلس في شأن القوانين قبل إصدارها، وجوبية أو جوازية، فإنها تنقسم بالخصائص الآتية:

أولاً: أن محلها كل قانون لقره البرلمان بصفة نهائية ولم يصدر بعد<sup>(١)</sup>.

Non encore promulguée, mais définitivement adopté par le parlement.

فلا يفصل المجلس في دستورية نصوص قانونيه لم يقرها البرلمان بمجلسيه بالصيغة ذاتها، ولو كان موضوع القانون على أكبر قدر من الأهمية، كالتوانين المالية، وقوانين التصديق على المعاهدة الدولية<sup>(٢)</sup>. فإذا كان الاقتراح على أحدهما أو كليهما لم يتم، أو كان الطعن قد تعلق بنصوص قانونية حذفها البرلمان، كان الطعن غير مقبول<sup>(٣)</sup>.

فإذا صدر القانون، فلا يجوز الفصل في دستوريته بطريق الدفع الفرعي<sup>(٤)</sup> Pare voie d' exception، ولا تقديم آراء استشارية في شأن هذا القانون للجهة التي طلبها<sup>(٥)</sup>.

ثانياً: لا يستتبع الفصل في دستورية القوانين المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي -وهي القوانين العضوية والقوانين العادية- النظر في مطابقتها أو مخالفتها لمعاهدة دولية دخلت فرنسا فيها.

ثالثاً: وتظل الرقابة القضائية المعمول بها في فرنسا رقابة سابقة Apriori ووقائية Preventif فلا تتعلق بغير القوانين التي لم تصدر أياً كان موضوعها<sup>(٦)</sup>.

(١) Decision no. 76- 69 D.C. du 8 nov. 1976, Rec., 1976, P. 37.

(٢) Decision no. 89- 268 D.C., du 29 dec. 1989, R.p., 110.

(٣) Decision no. 78- 96 D.C. du 27 juil. 1978, Rec., 1978, P. 28.

(٤) Decision no. 80- 113 D.C. du 14 mai. 1980, Rec., 1980, P. 61.

(٥) C.C. 78- 76, D.C., juil 1978, R.P. 29.

ولا يفصل المجلس بالتالى سواء بطريق مباشر أو غير مباشر - فى دستورية قانون بعد صدوره. إلا أن ذلك المجلس أصدر قراراً فى ١٩٨٥/١/٢٥ عدل به عن موقفه السابق بصورة جزئية، وفى الحدود التى نص عليها هذا القرار.

فقد أقام المجلس بمقتضى ذلك للقرارات من نوع ما بين القوانين التى يدخل نظرها دستوريته فى ولايته سوى القوانين التى لم تصدر بعد - وبين القوانين التى لا يختص بالفصل فى دستوريته، وهى القوانين المعمول بها. وتحقق هذه الصلة، كلما كان القانون الذى لم يصدر بعد، قد عدل من أحكام قانون قائم أو أكملها أو غير من نطاق تطبيقها، ولم يقتصر على مجرد تنفيذها، وفى هذه الحدود يباشر المجلس رقابته على القانون القلم المعمول به<sup>(١)</sup>.

#### وفى ذلك يقول المجلس:

Si la régularité au regard de la constitution d'une loi déjà promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectuent son domaine, il ne saurait en être de même lorsque il s'agit de simple mise en application d'une telle loi.

وبذلك ينظر المجلس فى دستورية قانون معمول به، إذا أحال إليه قانون لم يصدر بعد يتولى المجلس الفصل فى دستوريته؛ بشرط أن يكون هذا القانون معدلاً أو مكملاً أو مؤثراً فى مجال تطبيق القانون الأول، ولا يقتصر على مجرد تنفيذه.<sup>(١)</sup>

وقد انتقد أحد الفقهاء عبارة "ولا يقتصر على مجرد تنفيذه" قائلاً بأن القانون المعمول به قد يخل بضمانة دستورية تتصل بحقوق المواطنين وحرياتهم. فإذا نفذ أحكامه قانون مطعون فيه لم يصدر بعد، فلم لا تدخل هذه الصورة كذلك فى نطاق الرقابة التى يفرضها المجلس على القانون القائم!!<sup>(٢)</sup>.

<sup>(١)</sup> C.C. 85- 187 D.C., 25 janu 1985, R.p. 43.

<sup>(٢)</sup> François Luchaire, la protection constitutionnelle des droits et des libertés, Economica 1987, p. 61.

يقول هذا الفقيه، وعضو المجلس الدستوري السابق، أن هذه الأحوال الثلاث التى تتعلق بتعديل قانون لم يصدر بعد لقانون قائم، أو تكملته لهذا القانون، أو تأثيره فى مجال تطبيقه، لا تضيق من نطاق المبدأ الجديد لأنها تنسج لأغلب الصور التى يمكن أن تقع فى العمل.

<sup>(٣)</sup> Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel, 4 e édition, p. 189.

ولما كان الأمر، فإن البين من قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٥ يوليو ١٩٨٩ أن المجلس أسقط من حيثياته عبارة "ولا يقتصر على مجرد تنفيذ"!!..

فهل تعدد المجلس إسقاطها لتشمل رقابته القوانين المعمول بها التي يطبقها Appliquer أو يعدلها Modifier، أو يكملها Compléter أو يؤثر في نطاق سريتها Affecter le domaine قانون لم يصدر بعد يفصل المجلس في دستوريته!!.. لم أن إسقاطها كلن مهوا!!.. ؟

أن ما أراه صوابا في ذلك، هو أن المحاكم جميعها، قد تعدل عن مبدأ سابق لها بطريقة هادئة. وهو ما اعتقد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد قصد إليه.

رابعاً: أن اختصاص المجلس بمراقبة دستورية القوانين العضوية والعدلية قبل إقرارها، كفل تقييد السيادة البرلمانية التي لا يجوز إغفالها من الخضوع للدستور.

وقد كان نص المادة ٦١ المشار إليها، ثمرة تطور تاريخي صيق الجذور، تمثل في حرص رجال الثورة على رفض تدخل المحاكم في القوانين التي تعارض تطبيقها حتى لا تعرق أعمال الثورة أو إصلاحاتها، فحفظوا عليها نظر دستورية القوانين<sup>(١)</sup> وكان القضاء الذين يعارضون القانون، يعتبرون مذنبين بجريمة الغدر<sup>(٢)</sup>.

وقد رفض القضاء الفرنسيون -على نقيض زملائهم الأمريكيين- الفصل في دستورية القوانين. ولأنهم في ذلك محكمة للنقض نفسها، على تقدير أن البرلمان لا يعبر إلا عن السيادة الشعبية التي لا تجوز مناقشتها، ولأن ذلك هو ما تنص عليه المادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة ٣ من دستور ١٩٩١/٩/٢، والمادة ٢٠٣ من دستور الجمهورية الثالثة.

(٢) دعا الدكتور سمير تناغو في هجومه على المحكمة الدستورية العليا، إلى محكمة قضائها بجريمة الغدر التي تتوافر أركانها في نظره بسبب إبطالهم بعض قوانين السلطة التشريعية المخالفة للدستور!!..

(٣) توجد استثناءات قليلة على قضاء محكمة النقض الفرنسية، من بينها قضاء الدائرة الجنائية بمحكمة النقض في ١٥/٣/١٩٥١.

بيد أن هذه النصوص الحائلة دون تدخل القضاء في أعمال السلطة التشريعية، لم تمنعهم من مراقبة السلطة التنفيذية في قراراتها للتحقق من مشروعيتها. كذلك لم يكن امتناعهم عن تطبيق القانون المناقض للدستور، غير إعمال لوظيفتهم القضائية التي تسلك القواعد القانونية في مدارج مختلفة، يأتي للدستور في قمتها.

خامسا: أن القوانين العضوية واللوائح البرلمانية -سما في ذلك لوائح مجلس البرلمان- ميعندا في شكل مؤتمر - تعتبر بقوة الدستور، مطروحة على المجلس للنظر في دستورتها<sup>(١)</sup>. ولكن المجلس لا يتدخل في القوانين العادية إلا من خلال طعن يقدم إليه بشأنها.

ولم يكن تحويل حق الطعن في هذه القوانين لمستين نائباً أو مستين شيوخاً مقراً أصلاً في دستور ١٩٥٨ وقت صدوره. ثم عدل هذا الدستور في ١٠/٢٩/١٩٧٤ ليكفل لهم هذا الحق بقصد تقوية المعارضة البرلمانية، وتأكيد حقها على الاعتراض على القوانين العادية التي يقرها البرلمان بالمخالفة للدستور<sup>(٢)</sup>.

سادسا: أن نص المادة ٦١ من الدستور لا يخول المجلس سلطة تقدير وتقرير تماثل تلك التي يحوزها البرلمان. ولكنها تحوله فقط أن ينظر في دستورية القوانين التي تحال إليه وهو ما قرره في ١٥ يناير ١٩٧٥ قائلا:

L'article 61 de la constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la constitution des lois déferées à son examen.

سابعا: لا تشمل الرقابة القضائية للمجلس، الأوامر المنصوص عليها في المادة ٣٨ من الدستور التي تجيز فترتها الأولى للحكومة -ومن أجل تنفيذ برامجها- أن تطلب من البرلمان الترخيص لها بأن تصدر أوامر اتخذ بها -خلال مدة محدودة- تدابير تكفل بطبوعتها في منطقة القانون. وتقتصر فترتها الثانية على أن تصدر هذه الأوامر في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس

(١) قضى المجلس الدستوري الفرنسي ببطان لائحة برلمانية قررت المسؤولية الوزارية في غير الحدود التي نص عليها الدستور، فقرر في ذلك قراره في ٢ يونيو ١٩٧٩.

(٢) يخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس البرلمان بالظعن المقدم في القوانين العادية، وذلك حتى يتمكنوا من التدخل في الخصومة الدستورية.

الدولة، وتتخذ اعتباراً من تاريخ نشرها. وتزول قوتها إذا لم يودع بالبرلمان مشروع قانون التصديق عليها قبل انتهاء مدة التفويض *Avant la date fixée par la loi d'habilitation*.

وعلا بفقرتها الثالثة لا يجوز بعد انتهاء مدة التفويض المشار إليها بالفقرة الأولى من هذه المادة تعديل هذه الأوامر -في مجالها التشريعية- بغير قانون<sup>(١)</sup>.

وتعليقاً على نص المادة يقول François Luchaire<sup>(٢)</sup> بأن الترخيص بإصدار الأوامر وفقاً لحكمها، لا يجوز أن يتم بمبادرة من البرلمان. بل يتعين أن تطلبه الحكومة في شكل مشروع قانون بالتفويض يودع من قبلها في البرلمان.

وتظل هذه الأوامر -رأى ما قبل التصديق عليها من البرلمان- عملاً حكومياً، متخذاً شكل قراراتها الإدارية التي يجوز الطعن عليها أمام مجلس الدولة بمجاوزة السلطة ولا تتغير طبيعتها هذه بمجرد إيداع قانون التصديق عليها بالبرلمان. ذلك أن هذا الإيداع وإن احتفظ لتلك الأوامر بقوة نفاذها، إلا أن شكلها الفلحي يظل قائماً *Un acte de forme réglementaire*.

فإذا ما صدق للبرلمان عليها -صرحاً أو ضمناً- فإن هذه الأوامر تصبح عملاً تشريعياً، *Acte législatif*، فلا يجوز الطعن عليها منذ هذا التصديق بمجاوزة السلطة<sup>(٣)</sup>.

ذلك أن تلك الأوامر وإن اعتبرت نافذة بمجرد نشرها وطوال فترة سريان القانون المرخص بها، إلا أن مناهل استمرار تطبيقها بعد انقضاء فترة التفويض، هو أن يصدر قانون بالتصديق عليها. ويكفي مجرد إيداع مشروع قانون التصديق عليها في البرلمان قبل انتهاء مدة التفويض حتى تحتفظ هذه الأوامر بقوتها.

وقد لا يتدخل البرلمان على الإطلاق لإقرار قانون التصديق، وعلى الأخص إذا لم تكن الحكومة راعية في أن يناقش للبرلمان الأوامر التي أصدرتها بالنظر إلى سوء وضعها على مواطنيها.

(١) C.C. 85- 196 D.C., 8 août 1985. R.P. 63.

(٢) Lauchaire, commentaire à l'article 38 de la constitution, in, la constitution de la République Française, 2 édition. Economica, p.p. 795- 799.

(٣) C.E. 19 dec. 1969, R.P. 593.

وتتلافياً لتراخي البرلمان في إقرار قانون التصديق -وهو محل الرقابة القضائية الدستورية- قرر المجلس الدستوري الفرنسي، أن التصديق على هذه الأوامر يعتبر قد تم، ولو كان البرلمان قد أقر قانون التصديق بطريقة ضمنية عبر بها بوضوح عن إرادة التصديق على تلك الأوامر، كما لو عدل البرلمان بعض المواد التي صدر بها الأمر، إذ يفيد هذا التحديل قبوله بباقيها، والتصديق حتماً عليها بالتالي. وفي ذلك يقول المجلس<sup>(١)</sup>:

La ratification peut resulter d'une mainfestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le parlement

وعلى ضوء ما تقدم لا يباشر المجلس الدستوري رقابة إلا على قانون التصديق على الأوامر المشار إليها.

فإذا لم يصدر هذا القانون -ولو ضمناً- فلا شأن لرقابته بتلك الأوامر.

لما إذا صدر ذلك القانون، وكان مخالفاً للدستور، فإن إبطال قانون التصديق، ينال من الأوامر المصادق عليها، ويجعلها في حكم الأوامر التي لم يلحقها تصديق برلماني، ليندخِل إبطالها في اختصاص مجلس الدولة بوصفها عملاً إدارياً<sup>(٢)</sup>.

(١) C.C. 86- 224 D.C., 23 janv. 1987, R.P. 8.

(٢) Lauchaire, Commentaire à l'article 61 la constitution, in la constitution de la Republic Française, Economica, 2 édition, p. 1117.

### المبحث الثالث

#### الرقابة القضائية على دستورية اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها

٣١٥- كانت هذه الرقابة اختيارية في مشروع دستور ١٩٥٨. ثم صار أمر الفصل في دستوريته قبل تطبيقها -على ضوء الصيغة النهائية للدستور- وجوبيا.

بيد أن خضوعها للرقابة القضائية الجبرية قبل تطبيقها، لا يعنى مباشرة هذه الرقابة في شأنها بصفة تلقائية. ذلك أن تحريكها لا يكون إلا من خلال رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ اللذين فوضهما الدستور في ذلك الاختصاص، فلا يترخصان إلا في اختيار وقت عرضها للمراجعة القضائية، وإن كان تأخرهما في عرضها مؤداه بالضرورة تأخر تطبيقها. ذلك أن للوائح البرلمانية -على ما تنص عليه المادة ٦١ من الدستور- لا يجوز تطبيقها قبل الفصل في دستوريته.

وفي تطبيق نص المادة ٦١ المشار إليها، يقصد باللوائح البرلمانية تلك التي تصدر عن كل من الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ في نطاق التنظيم الداخلي لشئونهما، كالقواعد التي يقرها في شأن كيفية إدارة الحوار في جلساتها، وحقوق أعضائها في مجال توجيه الأسئلة إلى الوزراء واستجوابهم ومساءلتهم، وغير ذلك من شئون الأعضاء كتابيهم. ولا يدخل في نطاق اللوائح البرلمانية، الضوابط التوجيهية التي لا تظهر فيها والتي يقصد بها مجرد تنظيم أسلوب العمل في اللجان البرلمانية.

ذلك أن مناط المراجعة القضائية لتلك اللوائح هو صدورها فعلا عن الجمعية الوطنية، أو مجلس الشيوخ. Le règlement adopté par l'une ou l'autre assemblée. ويندرج كذلك في مفهوم اللوائح البرلمانية تلك التي تصدر عن هاتين الجمعيتين منعقدتين في شكل مؤتمر للنظر في مراجعة الدستور<sup>(١)</sup>.

وسواء تعلق الأمر باللوائح البرلمانية الصادرة عن أحد المجلسين التشريعيين، أو عن كليهما معا منعقدتين في شكل مؤتمر، فإن الرقابة القضائية على دستوريتهما، تنتم بصيرمتها ويقظتها. ذلك أن

(١) C.C. 63- 24 D.D., 20 dec. 1963, R.p. 16.

المجلس الدستوري يتحقق من مطابقتها ليس فقط لكل قاعدة ذات قيمة دستورية L'ensemble des elements composant le bloc de constitutionnalité وإنما كذلك للقوانين العضوية<sup>(١)</sup> وللتدابير التشريعية التي تتخذ وفقا للفقرة الأولى من المادة ٩٢ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

Les mesures legislatives nécessaires à la mise en place des institutions prises en vertu de l'art. 96 de la constitution.

ليس هذا فقط بل إن اللائحة البرلمانية التي يقضى بمخالفتها للدستور؛ يتعين أن تتخذ ضاغطتها الجمعية التي أصدرتها، سواء كانت هي الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ، آخذة في اعتبارها مضمون قرار بطلانها لمخالفتها للدستور.

وعلى رئيسها أن يعرض مشروع اللائحة في صورتها الجديدة مرة ثانية للمراجعة القضائية<sup>(٣)</sup>.

ومواء أبطل المجلس الدستوري اللائحة الجديدة أوجه البرلمانين إلى طرائق تطبيقها<sup>(٤)</sup>. فإنهم يتقيدون بقرار المجلس رغم إيمانهم بأن اللوائح البرلمانية لا تنظم غير شؤونهم الداخلية التي يفترض استقلالهم بها.

والرجوع إلى قضاء المجلس في شأن اللوائح البرلمانية فصلا في دستوريتهما، يدل على حرصه على إطار سبلسته القضائية politique jurisprudentielle - على صون حقوق البرلمانين في مواجهة الحكومة؛ وضمان امتيازاتها قبلهم. ولم يقبل المجلس بالتالي، محاولة البرلمانين تحويل أنفسهم مزايًا حرمهم الدستور منها. أو تقرير اختصاص لهم بجاوز الحدود التي أنشأ الدستور لهم بها. كتوسيعهم من اختصاص لجان التحقيق والمراقبة البرلمانية<sup>(٥)</sup>.

(١) C.C. 59- 2 D. C., 24 juin 1959, R.p. 58; C.C. 59- 3 D.C., 24 et 25 juin 1959, R.p.61; C.C. 61-19. D.C., 31 juil. 1962, R.p. 19; C.C. 73- 49 D.C., 17 mai 1973, R.p. 15.

(٢) C.C. 8 juil 1966 R.p. 15.

يلاحظ أن التدابير التشريعية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٩٢ هي اللازمة لسير المؤسسات لتكوينها من مباشرة وطلقتها، وتتخذ هذه التدابير في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة. وتصدر هذه التدابير بمراسيم تكون لها قوة القانون.

(٣) C.C. 59- 4 D.C., 24 juil 1959 R.p. 63.

(٤) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov 1959 R.p. 15.

(٥) C.C. 66- 28 D.C., 8 juil 1966, R.p. 15; C.C. 72- 48 D.C. 28 juil 1972, R.p. 17.

Commissions d'enquête et de contrôle ومساءلتهم الحكومة في غير الأحوال المنصوص عليها في الدستور<sup>(١)</sup>. أو تعييدها بزم من معين تكلى فيه بيان<sup>(٢)</sup>، أو إلزامها بأولوياتهم التي يحددون بها المسائل التي يناقشونها في جلساتهم<sup>(٣)</sup>.

وكما فلول المجلس محاولة البرلمانين الانقضاض على حقوق الحكومة وامتيازاتها قبلهم، فقد حرص بالقوة ذاتها على إجهاض كل محاولة للحكومة تتوخى بها خفض الوظيفة البرلمانية بما يزيد من قسوة القيود التي فرضها الدستور عليها. وفي هذا الإطار كفل المجلس للبرلمانيين الحق في تكوين تجمعاتهم السياسية داخل البرلمان<sup>(٤)</sup>، وحفظ الطبيعة الشخصية لأصواتهم<sup>(٥)</sup>، وصان لهم الحق في تعديل أوائهم على نحو يمكنهم من أداء أعمالهم البرلمانية بطريق الفضل<sup>(٦)</sup>. فبلا تمنعهم الحكومة بالمخالفة لنص المادة ٤٤ من الدستور، من تعديل مشروع القانون المعروض عليهم<sup>(٧)</sup> ولا يقيد البرلمانون حق رئيس الجمهورية في الدخول في معاهدة دوايسة والتصديق عليها؛ ولا حق الحكومة في توجيه سياستها القومية وتصريفها.

ولم يد صحباً اليوم ما كان يقال من قبل من أن أثر اللوائح البرلمانية على تسيير الشؤون السياسية، يفوق أثر الدستور في توجيهها<sup>(٨)</sup>.

ذلك أن المجلس يخضعها لرقابته الصارمة لضمان تعييدها بالدستور، وهو يشكل بذلك صورة للعمل البرلماني يكون بها منطقاً.

(١) C.C. 59- 2 D.C., 17, 18, 24 juin 1959. R.p.p. 58 et 61; C.C. 59- 37 D.C. 20 nov 1969, R.p. 15.

(٢) C.C. 72- 48 D.C., 28 juin 1972, R.p. 17; C.C. 73- 49 D.C., 17 mai 1973, R.p. 15.

(٣) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov 1969, R.p. 15.

(٤) C.C. 71- 72 D.C., 18 mai 1971, R.p. 15.

(٥) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov. 1969, R.p. 15.

(٦) C.C. 88- 245 D.C., 18 oct 1988, R.p. 153.

(٧) C.C. 90- 278 D.C., 7 nov 1990, R.p. 19.

(٨) Eugène Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 1902, no 445.

### المبحث الرابع

#### الرقابة القضائية على صحة العضوية البرلمانية

٣١٦- يتكون البرلمان في فرنسا من كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، وهما مجلسان تشريعيان يتخذان أحياناً في شكل مؤتمر يجمعها للظفر في تعديل الدستور.

وكان لكل من هذين المجلسين -إلى ما قبل العمل بدستور ١٩٥٨- الحق في أن يفصل منفرداً في صحة عضوية أعضائه، وأن يقرر بالتالي بطلانها أو ثبوتها، لا بناء على ضوابط قانونية موحدة لا نزاع فيها، وإنما وفق معايير تغلفها السياسة بأهوائها وتقرضها متطلباتها.

ولم تكن هذه المعايير غير شكل من أشكال الرقابة لداخلية التي تقرضها المصلحة التشريعية على نفسها. وتباشرها بوسائلها، لتقرر على ضوئها من يعتبرون من أعضائها وفق مقاييسها الشخصية ودوافعها المستترة التي تظاهر بها ليس فقط أنصارها؛ بل كذلك خصومها إذا أعوزتها الحاجة إليهم حتى تستقطبهم إلى جانبها، فلا يصوتون لغير الأغلبية البرلمانية تنفيذاً من جهتهم لاتفاقاتهم الجانبية معها؛ وإعمالاً لتسوية ارتضوها مجتمعهم بها فيما وراء الكواليس، فلا تكون إلا صفقة غير معلنة تنهزم بها القيم، وتعلو معها المصالح النفعية على ما سواها، بما يحور إرادة هيئة الناخبين.

٣١٧- ولأن معايير كل من هذين المجلسين في الفصل في صحة عضوية أعضائهم تحكمها وتوجهها العوامل السياسية -تتدرج المصالح الحزبية تحتها- فقد كان منطقياً أن تتعارض تطبيقاتها حتى في حالتين متماثلتين بالنظر إلى أهمية العضو المطمعون في صحة عضويته.

وتلك جميعها مأخذ خطيرة على الفصل في الطعون الانتخابية البرلمانية. وقد تجنيها دستور ١٩٥٨ بما نص عليه في المادة ٥٩ من اختصاص المجلس الدستوري دون غيره، بالفصل في صحة عضوية أعضاء البرلمان إذا أثير نزاع بشأنها.

Le conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.

٣١٨- ولم يحدد دستور ١٩٥٨ لمجلس الدولة للفرنسي بولاية الفصل في العضوية بالنظر إلى الطبيعة السياسية التي تغشاها، ولأن البرلمان ما كان ليقبل برقبة على صحة العضوية للبرلمانية يتولاها مجلس الدولة الذي ساء ظن البرلمان به منذ الحقبة للنايولونية.

وينبغي أن يلاحظ في شأن الرقبة القضائية التي يفرضها المجلس الدستوري على الطعون الانتخابية البرلمانية، ما يأتي:

أولاً: أن المجلس لا يباشر هذه الولاية إلا بعد انتهاء العملية الانتخابية البرلمانية وليس قبلها. وهو لا يتدخل في شأن يتعلق بها إلا إذا نزع في صحتها.

بما يباشر بين حدود ولايته هذه، والولاية التي كان يباشرها البرلمان في شأن العضوية قبل دستور ١٩٥٨. إذ كان لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ اختصاص الفصل بقوة القانون في العملية الانتخابية التي تتعلق به بكامل أجزائها، وبالنسبة إلى أعضائه جميعهم، ولو لم يجر نزاع في شأنها.

ثانياً: أن المجلس لا يفصل في صحة العضوية إلا إذا قدم طعن بشأنها من أحد الناخبين أو أحد المرشحين.

Le Conseil ne peut être saisi que par un électeur ou par une personne ayant fait acte de candidature.

على أن يكون مفهوماً أن المقيدين في جدول الدائرة الانتخابية المطعون في صحة انتخاباتها. يعتبرون ناخبين، ويدخل في إطار المرشحين ليس فقط من قبل طلب ترشيحهم بتسجيله، ولكن كذلك هؤلاء الذين لم تقبل السلطة المختصة طلبهم بالترشيح حتى يتسنى لهم تجريح قرار هذه السلطة. ولا يعتبر مرشحاً من لم يملأ أوراق الترشيح بعد حصوله عليها من السلطة المختصة<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: لا يجوز أن يفصل المجلس في طعون غير مستوفية لشكائيتها. وهي تكون كذلك إذا لم تكن موقفاً عليها؛ أو كانت لا تفرض وقائعها بصورة كافية، أو تُجهل بأسبابها<sup>(٢)</sup>، أو كان

(١) C.C. 22- mars 1973, R.p. 59; C.C. 26 Juillet 1968, R.p. 34; C.C. 7 Nov. 1968, R.p.//14;

C.C. 13 Nov 1970, R.p. 51; C.C. 12 Dec 1958, R.p. 82; C.C. 13 dec. 1970 R.p. 51.

(٢) C.C. 88- 1121, 13 juil, 1988, R.p. 118; C.C. 88 -1053, 13 juil. 1988, R.p. 103.

موضوعها لا يقتصر على الطعن في صحة العضوية البرلمانية. ويتعين بالتالي أن يقدم الطعن باكراً قدر من التحديد حتى لا ينصرف إلى الطعن في العملية الانتخابية بأكملها، أو إلى اللوائح والشيوخ جميعهم، أو إلى نتيجة الاقتراع في مدينة بأكملها<sup>(١)</sup>.

رابعاً: أن الطعن لا يكون مقبولاً؛ ما لم يحدد الطاعن بصورة قاطعة اسم من يتنازع في صحة عضويته من أعضاء البرلمان؛ والدائرة الانتخابية التي أعلن فوزه فيها، وأن يكون مقصده من الطعن، إبطال نتائجها<sup>(٢)</sup>. على أن المجلس يقبل الطعن في مشروعية مرسوم الدعوة إلى الاقتراع على المرشحين باعتباره طلباً عارضاً تلعباً لطلب أصلي، هو المنازعة في فوز عضو في دائرة انتخابية بذاتها<sup>(٣)</sup>.

خامساً: لا ينظر المجلس في غير الطعون التي تودع طلباتها خلال مهلة الأيام العشرة التالية لإعلان نتيجة الانتخاب، وهي المهلة المنصوص عليها في المادة ٣٣ من الأمر الصادر في ٧ نوفمبر ١٩٥٨. ولا تقبل بالتالي الطعون الانتخابية التي تودع قبل بدء سريان هذا الميعاد.

سادساً: وفي الحدود المتقيد ببيانها، يختص المجلس بالفصل النهائي في كل خلل يشوب العملية الانتخابية في كافة مراحلها، ولو كان الفصل في صحة مرحلة منها، مما يدخل في اختصاص جهة قضائية أخرى.

Le Conseil peut trouver des irrégularités dans toutes les opérations conduisant à l'élection, même si ces opérations peuvent faire l'objet d'autres recours.

ومن ثم يفصل المجلس نهائياً في كافة التدابير المؤثرة في العملية الانتخابية حتى مع التسليم بأن للسلطة القضائية اختصاص الفصل في صحة التقيد بالجدول الانتخابية. ذلك أن تحويل هذه الجداول، يؤدي بالمجلس إلى إبطال العملية الانتخابية ذاتها. وتطبق هذه القاعدة نفسها بالنسبة إلى اختصاص المحكمة الإدارية بالفصل في كل خلل يتطرق إلى عملية تسجيل المرشحين. ذلك أن قرارات المحكمة الإدارية في هذا الشأن، يجوز استئنافها أمام المجلس الدستوري<sup>(٤)</sup>.

(١) C.C. 88- 1038, 13 juil 1986, R.p. 96; C.C. 27 avril 1978, R.p. 59.

(٢) C.C. 24 mai 1963, R.p. 78; C.C. 17 mai 1978, R.p. 88; C.C. 8 Janv. 1963, R.p. 41.

(٣) C.C. 88- 1030, 21 juin 1988, R.p. 80.

(٤) C.C. 2 Juin. 1967, 11 Juillet 1967 et 27 Janv. 1972.

ذلك أن المجلس يفصل بموجب المادة ٤٤ من الأمر الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ - في كافة شؤون العملية الانتخابية التي لها صلة بالطعن، وكذلك في الدفوع المتعلقة بها. وهو بذلك القاضي الوحيد في هذه الشؤون، وفقاً لنص ٥٩ من الدستور<sup>(١)</sup>.

ولأن المجلس يفصل في هذه الطعون - وعلى ما تنص عليه المادة ٤٤ من المرسوم الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ - بما يحيط بكل مسائلها ودفوعها؛ فإن مفهوم المسائل الأولية التي تحيلها جهة قضائية إلى غيرها، وتتركب حكمها فيها، لا يتحقق في الطعون الانتخابية التي يختص المجلس دون غيره بالفصل في كافة جوانبها.

ومع ذلك أخرج المجلس من ولايته، نوعين من الدفوع<sup>(٢)</sup>.

\* دفوع يوجهها الطاعن إلى قانون قائم أثر في العملية الانتخابية، ويتوخى بها إبطال هذا القانون لمخالفته الدستور. ذلك أن المجلس يتقيد بالقانون المعمول به أياً كان محتواه. ويؤسس المجلس ذلك على أنه يفصل في الطعون الانتخابية للبرلمانية، باعتباره قاضياً، وليس قاضياً للفصل في دستورية القوانين عن طريق دفع فرعى يوجه إليها Par voie d' exception. وكان أولى بالمجلس أن يفصل في دستورية كل قانون يؤثر في سير العملية الانتخابية، وأن يستند في ذلك إلى المادة ٤٤ من المرسوم الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ التي تخول المجلس ولاية للنظر في كافة المسائل والدفوع التي ترتبط بالطعن.

(١) طبقاً لهذه المادة، يفصل المجلس الدستوري الفرنسي في حالة المنزعة - في السبيل المنتظم لانتخابات النواب والشيوخ.

(٢) C.C. 88- 1046, 21 oct 1988, R.p. 161.

هذا وينتقد Dominique Rousseau هذا الاتجاه ويقرر أنه كان أولى بالمجلس أن يفصل في دستورية القوانين التي يطعن عليها بطريق الدفع إذا كان لها من أثر على سير العملية الانتخابية، وأن يركن في ذلك إلى نص المادة ٤٤ من المرسوم الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ التي تخول المجلس النظر في كافة المسائل والدفوع التي ترتبط بالطعن. ص ٢٩٩ من المرجع السابق.

\* دفعوا غايتها الطعن في أثر تدخل رئيس الجمهورية في تحويل نتيجة العملية الانتخابية بعد انتهائها. وكان يجب على المجلس أن ينظر في أثر تدخل رئيس الجمهورية في شئون العملية الانتخابية، وعلى الأخص من خلال الضغوط التي يكون قد بذرها لصالح أحد المرشحين<sup>(١)</sup>.

ثامنا: لا يقبل المجلس الطعون الانتخابية التي تقدم بعد انقضاء العشرة أيام التالية لإعلان نتيجة العملية الانتخابية<sup>(٢)</sup>، ولا الطعون التي تقدم إلى البرلمان. بل يتعين تقديمها إلى أمانة المجلس أو إلى العدة. وفيما يتعلق بالأقاليم الواقعة فيما وراء البحار، إلى من يتولى شئون الحكم فيها.

ويعتبر غير مقبول بالتالي كل طعن يقدم إلى رئيس المجمع الانتخابي لأعضاء مجلس الشيوخ أو إلى رئيس الجمعية الوطنية<sup>(٣)</sup>.

ولا يجوز بعد انقضاء الأيام العشرة التالية لإعلان نتيجة العملية الانتخابية -وهي المهلة المنصوص عليها في المادة ٣٣ من الأمر الصادر في المادة من الأمر الصادر ١١/٧/١٩٥٨- أن يحور الطاعن من مضمون طعنه الأصلي، وإن جاز أن يفصل أسبابه ويطورها.

تاسعا: لا يفصل المجلس في غير نزاع يتعلق بصحة عضوية نواب الجمعية الوطنية، أو أعضاء مجلس الشيوخ بما موداه:

\* إذا تم الانتخاب على دورتين، فإن النزاع حول صحة العملية الانتخابية، لا يجوز أن يقتصر على دورتها الأولى، وإن جاز الطعن على سير العملية الانتخابية في هذه الدورة وصولاً لإبطال ثانيتهما<sup>(٤)</sup>.

(١) علا بنص المادة ٦٨ من الدستور الفرنسي، لا يجوز مساءلة رئيس الجمهورية عن الأعمال التي يأتريها أثناء مباشرته لوظيفته، إلا في حالة الخيانة العظمى Qu'en cas de haute trahision وتقتصر محكمة العدل العليا La haute cour de justice في هذه المسئولية أو تخلفها، انظر في اختصاص المجلس في الفصل في الطعون الانتخابية تعليق لوشير على نص المادة ٥٩ من الدستور الفرنسي.

Lauchaire, commentaire à l'article 59 de la Constitution, in la Constitution de la Republique Française, 2e édition, Economica pp.1101-1106

(٢) C.C. 88 - 1121, 13 Juillet, 1988, R.p. 118.

(٣) C.C. 88- 1033, 13 Juil. 1988, R.p. 89.

(٤) C.C. 88- 1040/1054, 13 Juil. 1988, R.p. 47.

• أن المجلس لا يفصل في نزاع قدم إليه من أحد المرشحين، إذا كان ما يتوخاه هو الحصول على جزء من الأموال التي أنفقها في الحملة الانتخابية بعد حصوله على الحد الأدنى من الأصوات في الدائرة التي خاض انتخاباتها.

ويقول Luchaire في ذلك، إن قضاء المجلس حول هذه النقطة في طريقه إلى التطور. ذلك أن المجلس نظر في أحيان كثيرة في طعون لا تغيا تجريح صحة العضوية، ولكنها تقتصر على طلب المرشح إعادة فرز الأصوات في الدائرة الانتخابية التي دخل معركتها. للتحقق من حصوله على ٥% من الأصوات المخصصة فيها، بما يخوله في النهاية حق الحصول على جزء من مصروفاته التي أنفقها خلال الحملة الانتخابية. وفي قرارين أصدرهما المجلس أولهما في الأول من يونيو ١٩٧٣ وثانيهما في ٧ نوفمبر ١٩٨٤، رفض طلبين من هذا القبيل، ملاحظاً أن المرشح لم يرم عملية فرز الأصوات بخطأ شائها، وهو ما يدل ضمناً على أن المجلس قد ينظر في الطلب إذا وجد هذا الخطأ<sup>(١)</sup>.

عاشر: ويحق للمجلس إجراء تحقيق في شأن الكيفية التي أديرت بها العملية الانتخابية في الدائرة محل الطعن، ويخطر الطعن وخصمه بنتيجة هذا التحقيق، ولهما أن يبديا ملاحظتهما كتابة في شأنه، وخلال ثلاثة أيام من إخطارهما بنتيجة التحقيق. وتقف إجراءات الطعن إذا تخلى الطاعن عن طعنه دون اعتراض من المطعون عليه. ولا يعتبر نزولاً عن الطعن مجرد عدم رد الطاعن على المذكرة التي قدمها المطعون ضده.

جادي عشر: ليس للطعن في العملية الانتخابية أثر موقف Effet suspensif وإنما يظل عضو البرلمان المنازع في صحة عضويته -وإلى أن يقرر المجلس الدستوري بطلانها- قائماً بوظيفته، ومتمتعاً بكافة الحقوق التي تخولها العضوية لياها. فإذا أبطل المجلس عضويته، تعين إخطار البرلمان بذلك لإجراء مقتضى هذا الإبطال.

ثاني عشر: مودى الطبيعة القضائية للطعن في العملية الانتخابية، مواجهة الخصوم في الطعن الانتخابي بعضهم لبعض، وكذلك تكافؤ أسلحتهم، على نحو يخول كلا منهم أن يمثل بمجلسه يتولى الدفاع عن موكله كتابة لا شافها. ومن المفترض في الطعن أن يقدم كتابة إلى المجلس، وأن

(١) Luchaire, ibid, pp.1103.

يكون للعضو المطعون في صحة عضويته، حق الرد على صحيفة الطعن، ولخصمه أن يعقب على رده، وذلك كله خلال المواعيد التي يحددها الأمين العام لهذا المجلس. ولطرفي الطعن، حق الاطلاع على كافة الأوراق التي تتصل بالعملية الانتخابية، بما في ذلك أقوال وزير الداخلية.

ثالث عشر: ويبطل المجلس نتيجة العملية الانتخابية أو يصححها. وهو لا يبطل العملية الانتخابية في أجزائها المطعون عليها، إلا إذا كان سيرها بالمخالفة للقانون، منتهيا إلى تغيير نتائجها.

وهو بذلك يركز على مصداقيتها *La sincérité du resultat*، أكثر من تركيزه على القيم الخلقية التي دارت العملية الانتخابية في إطارها.

وقد حمل ذلك المجلس على أن يضمن قراره لفاصل في الطعن، المآخذ التي ارتأها على العملية الانتخابية، والتي لا يصل مداها إلى حد إبطالها. وهو ما يعني أن تظل كثيراً من نصوص القانون الانتخابي بغير جزاء، كذلك التي تحظر مجاوزة للدعاية للحدود المنصوص عليها في هذا القانون.

وما إذا كان مقيدا في القوائم الانتخابية<sup>(١)</sup>. ويفصل المجلس في الطعون الانتخابية البرلمانية بمراجعة أمرين:

أولهما: تحديد الأعمال التي رماها الطاعن بالتأثير في العملية الانتخابية.

ثانيهما: تقرير ما إذا كان لهذه الأعمال من الأكثر على العملية الانتخابية بما يمسوغ إبطالها.

ومن قبيل الأعمال المؤثرة في العملية الانتخابية، طريقة تنظيمها وكيفية إجرائها بشرط أن يكون عوارها جسيما بما يخل بمصداقيتها، وينال من حق الاقتراع، سواء بالنظر إلى درجة الأهمية التي بلغتها مثالبها؛ أو على ضوء تنوعها، وتعدد صورها.

وعلى الطاعن أن يقيم الدليل على لوجه مخالفة العملية الانتخابية لضوابطها، وإن تعذر عليه أحيانا أن يبرهن بالتحديد الكافي على صور العوار التي أصابها، كالتلبيد على ما وقع في هذه

(١) C.C. 19 dec. 1968, p.15g.

العملية من ضغوط، وما أحاطها من دعاية كاذبة، أو مشينة وجهها أحد المرشحين لمنافسيه حتى يفوز من دونهم.

وليس أمام الطاعن بالتالي، إلا أن يقدم من القرائن، ومن الحقائق الجزئية التي تتضمن إلى بعضها البعض، ما يؤكد دعواه.

### المبحث الخامس

#### الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية

٣١٩- التصديق على المعاهدة عمل تجر به الدولة عن القبول بأحكامها ولا يكفي لمسويتها في حقها مجرد توقيعها عليها. وإنما يكون التصديق على المعاهدة تألياً لتوقيعها ووقفاً في الأجل التي عينها. وبه تدخل المعاهدة في مرحلة التنفيذ.

ويصدق رئيس الجمهورية على المعاهدة -وباعتباره مسئولاً عن إدارة الشؤون الخارجية وتوجيهها في مستوياتها الأعلى- ولو لم يكن قد تفوض عليها. وهو لا يلتزم بالتصديق عليها ولو كان قد وقعها.

وكثيراً ما يتولى رئيس الجمهورية عملية التفويض على المعاهدة الدولية، وعلى الأخص في الهامة منها. وقد يوقعها ثم يصدق عليها من خلال وثائق التصديق *Lettres de ratification* التي تدل على القبول بالمعاهدة، والتعهد بتنفيذ أحكامها.

وترفق نصوص المعاهدة ذاتها بأوراق التصديق عليها، أو الانضمام لها. بيد أن أفراد رئيس الجمهورية بالتصديق على المعاهدة، صار اليوم من خصائص النظم الأوتوقراطية *Les regimes autoritaires* التي كانت قائمة في بعض الدول كاليابان قبل ١٩٤٨ وألمانيا النازية وكذلك النظم الديكتاتورية المعاصرة.

وصار للبرلمان اليوم دور في التصديق<sup>(١)</sup>، وعلى الأقل بالنسبة إلى أنواع بذواتها من المعاهدات الدولية، هي التي حددها الدستور حصراً. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٣ من الدستور الفرنسي من أن التصديق على المعاهدة أو إقرارها لا يجوز بغير قانون إذا كان موضوعها يتعلق بالعلم أو بالتجارة وكذلك إذا تعلق بموضوع المعاهدة أو الاتفاق الدولي بتنظيم دولي، أو بفرض أعباء على مالية الدولة، أو بتعديل نصوص من طبيعة تشريعية، أو بحالة الأشخاص، أو بالتنازل عن إقليم، أو بإبدال إقليم بإقليم، أو ضم إقليم إلى غيره. ففي هذه الأحوال

(١) من ذلك ما ينص عليه الدستور الأمريكي من وجوب حصول رئيس الجمهورية على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ *With the advice and consent of the senate* قبل الدخول في المعاهدة.

جميعها لا يكون للاتفاق أو للمعاهدة من أثر قبل التصديق عليها أو إقرارها Lne prennent effet qu' après avoir été ratifiées ou approuvés.

ولا يعتبر خروج القانون على اتفاق أو معاهدة دولية، خروجاً على الدستور.<sup>(١)</sup> ذلك أن المعاهدة الدولية إما أن تكون في مرتبة القانون، وقد تطو القانون، إلا أن مرتبتها لا تصل إلى قوة الدستور.<sup>(٢)</sup>

وفي فرنسا -وعلا نص المادة ٥٤ من الدستور- يختص مجلسها الدستوري بمراجعة دستورية المعاهدة، إذا قدم إليه طلب بذلك من رئيس الجمهورية، أو من الوزير الأول، أو من رئيس الجمعية الوطنية أو مجلس للشيوخ.

بيد أن حق الطعن على دستورية المعاهدة أو الاتفاق الدولي، لم يعد مقصوراً على هؤلاء الأشخاص بعد تعديل الدستور الفرنسي في ١٩٩٢/٦/٢٥.

وإنما صار لستين نائباً أو لستين شيخاً حق الطعن في دستورية المعاهدة أو الاتفاق الدولي، شأنهما في ذلك شأن المعاهدة أو الاتفاق الدولي في ذلك، شأن القوانين غير العضوية من حيث تمادياها فيمن لهم حق عرضها على المجلس للفصل في دستورتها. وعلا نص الماد ٥٤ من الدستور، إذا عرض أمر معاهدة أو اتفاق من طبعة دولية على المجلس للفصل في دستوريته<sup>٣</sup> ثم تبين لهذا المجلس مخالفة شرط أو بند في المعاهدة أو الاتفاق لأحكام الدستور؛ فإن قانون التصديق عليها أو إقرارها، لا يجوز أن يصدر إلا بعد تعديل الدستور.

وقد دل التطبيق العملي لنص المادة ٥٤ من الدستور قبل تعديله في ١٩٩٢/٦/٢٥، على أن السلطين الوحيدين اللذين عرضتا المعاهدات الدولية على المجلس للفصل في دستورتها، كانتا رئيس الجمهورية والوزير الأول، رغم مسئوليتهما عن التفاوض على المعاهدة وتراضيها على أحكامها، مدفوعين في ذلك أحيانا برغبتهما في تقليم أظافر المعارضة، وإجهاض محاولتها وصم

(١) C.C. 74- 54 D.C., 15 janv. 1975, 19; C.C., 89- 268 D.C., 29 dec 1989, R.p. 110.

(٢) تنص المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي على أن المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية التي تم إقرارها أو التصديق عليها، يكون لها من وقت نشرها قوة تطو القانون بشرط التحفظ بتطبيقها من قبل الطرف الآخر.

Sous réserve, pour chaque accord au traité, de son application de l'autre partie.

المعاهدة المعروضة على البرلمان، بمخالفة الدستور؛ وجرمانها بالتالي من فرصة نقضها، ولضمان تمريرها في النهاية بعد أن يؤكد المجلس دستوريته، سواء في الأسس التي تقوم عليها، أو على صعيد نطاق تطبيقها، أو أغراضها.

وليس في الدستور الفرنسي نص يحدد ميلاً حتمياً لا يجوز بعد انقضائه، أن يتدخل المجلس للفصل في دستورية المعاهدة؛ وإن كان من المفترض أن يراجعها بعد توقيعها وقبل تصديق البرلمان عليها؛ وذلك كلما كان هذا التصديق موقوفاً على قرار المجلس بمطابقتها أو مخالفتها للدستور.

وشمة فوارق رئيسية بين الرقابة التي يباشرها المجلس على دستورية القوانين العادية وفقاً لنص المادة ٦١ من الدستور، وتلك التي يمارسها في شأن دستورية المعاهدة وفقاً لنص المادة ٥٤ من هذا الدستور. وهي فوارق تظهر من النواحي الآتية ببيانها:

أولاً: أن مهلة الشهر المنصوص عليها في المادة ٦١ من الدستور للفصل في دستورية القوانين العضوية والعادية، والتي يجوز إقتصاصها إلى شالية أيام في حال الاستعجال، لا مقابل لها في نص المادة ٥٤ من الدستور التي يفصل بمقتضاها في دستورية المعاهدة. وليس من الجائز قياس الصورة الثانية على الصورة الأولى، وإخضاع دستورية القوانين والمعاهدات الدولية لمهلة واحدة، يفصل خلالها للمجلس في دستوريته. ذلك أن حتمية الميعاد تفرض وجود نص صريح بها.

ثانياً: أن المراجعة القضائية لدستورية المعاهدة وفقاً لنص المادة ٥٤ من الدستور، لا تقتصر على بعض نصوصها. وإنما يفصل المجلس في دستورية أحكامها جميعها من تلقاء نفسه.

D'office

ولا كذلك القوانين العادية. ذلك أن المجلس لا يفصل كأصل عام في غير دستورية لنصوص القانون المطعون فيه، وإن ترخص في النظر في كافة أحكامه، إذا اقتصر الطعن على بعض أجزائه.

ثالثاً: إذ يفسر المجلس نصوص القوانين المطعون عليها تفسيراً قضائياً وإنما يقصد بذلك المصلتين التشريعية والتنفيذية اللتين صنعاً القانون، أو تقومان بتنفيذه. ولا كذلك المعاهدة الدولية

ذلك أن أطرافها يختصون بتحديد مضمونها. وليس أمام المجلس بالتالى غير خيار وحيد هو أن يقرر -على ضوء هذا المضمون- مطابقتها أو مخالفتها للدستور.

رابعاً: أن المجلس لا يوجه قراره بعدم دستورية المعاهدة إلى المشرع، بل إلى السلطة التأسيسية التى يدعواها لتعديل الدستور وفق أحكام المعاهدة.

وهو فى ذلك لا يعطيها أية نصيحة حول كيفية إجراء التعديل، ولا يندبها حتى إلى أحكام المعاهدة المخالفة للدستور.

ذلك أن السلطة التأسيسية سيّدة نفسها. وهى التى تحدد خياراتها فى الكيفية التى يعدل بها الدستور بما يوفق أحكامه مع المعاهدة. وكلمتها فى ذلك هى العليا. وعلى المجلس أن ينزل على قراراتها حتى لا يتهم بتحوله إلى حكومة من القضاة.

ولا كذلك القوانين التى يقرر مخالفتها للدستور، إذ يوجه المجلس قراره فى هذا الشأن إلى المشرع. ويبين فى منطوق قراره، النصوص التى اعتورها للبطلان، ويفصح فى أسبابه عن الكيفية التى يعدل بها القانون حتى يطابق الدستور.

ذلك أن خضوع المشرع للدستور قاعدة مطلقة لا استثناء منها. ويعمل المجلس على ضمان هذا الخضوع وتوكيده. وكان منطقياً أن يوجه المشرع إلى الطريقة التى يصحح بها خطأ.

خامساً: ويتعلق الفارق الأخير بين عدم دستورية المعاهدة وعدم دستورية القانون، فى أثر الحكم بعدم الدستورية. ذلك أن قرار المجلس بعدم دستورية قانون، مؤداه ألا يصدر إلا بعد أن يعدله المشرع بما يوفق أحكامه مع للدستور. ولا يعدل المشرع غير النص المناقض للدستور.

وإلى أن يعدل المشرع ذلك النص، ويصدره رئيس الجمهورية، ليس ثمة نص قانونى يجوز تطبيقه قانوناً.

ونقيض ذلك قرار المجلس بعدم دستورية المعاهدة. ذلك أن هذا القرار لا يلغيها أو يزيل وجودها. فالمعاهدة المخالفة للدستور لا تعدل، ولكن الذى يعدل هو الدستور. وفى هذا الإطار قرر

المجلس أن قانون التصديق على معاهدة الاتحاد الأوروبي L'union européenne لا يجوز أن يصدر قبل تعديل الدستور<sup>(١)</sup>. Ne peut intervenir qu' après la révision de la constitution.

سائما: ويفصل المجلس -وعلا بنص المادة ٥٤ من الدستور- في دستورية كل تعهد دولي. وهو تعبير وإن كان مشوباً بالغموض؛ إلا أن كل اتفاقية دولية مما ورد حصراً بنص المادة ٥٣ من الدستور<sup>(٢)</sup>، تدرج في إطار للتعهد الدولي، وتشمّلها ولاية المجلس الذي يقرر ما إذا كانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية مما يجوز التصديق عليها أو إقرارها بقانون، أم أن تعديل الدستور يتعين أن يكون سابقاً على صدور هذا القانون.

فإذا لم تكن المعاهدة أو الاتفاقية الدولية تقتضى تدخل البرلمان للتصديق عليها، أو لإقرارها بقانون، فإن المراجعة القضائية التي يتولاها المجلس تنحصر عنها.

(١) Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel, 3e édition, pp. 167- 169.  
(٢) تنص المادة ٥٣ من الدستور الفرنسي على أن المعاهدات المتعلقة بالسلم أو بالتجارة وكذلك المعاهدات أو الاتفاقيات المتعلقة بالتنظيم الدولي أو التي ترتب التزامات مالية على الدولة، أو التي تعدل نصوصاً من طبيعة تشريعية أو التي تنطق بحالة الأشخاص، أو التي تشتمل على نقل عن الإقليم أو تبادل أو إضافة للإقليم، لا يجوز التصديق عليها أو الموافقة عليها بغير قانون. ولا يكون لها من أثر قبل هذا التصديق أو تلك الموافقة.

### المبحث السادس الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري

٣٢٠- ثار التساؤل حول ما إذا كان المجلس الدستوري، هيئة قضائية دستورية. وهو تساؤل يطرح جدلاً فقهيًا حول طبيعته التي لا يعنى الدستور بالخوض فيها، دالا بذلك على أن ما ينبغي للتركيز عليه، هو حقيقة المهام التي يتولاها؛ والوسائل التي ينتهجها في تحقيق الأغراض التي يقوم عليها.

ومن ثم كان الجدل حول هذا الموضوع حواريًا بالكلمة بقصد الإقناع بوجهة نظر معينة أيا كان حظها من الصواب.

وإذا أردنا أن نخوض مع الخاضعين من الفقهاء؛ فإن تعمق حججهم يقودنا إلى اتجاهين رئيسيين أحدهما يقول بالطبيعة القضائية لهذا المجلس؛ **وثانيهما:** يراه من طبيعة سياسية؛ فلنتأمل إذا ما يقولون، ونديره بأنفسنا علي حكم العقل، لنصل إلى ما نراه صوابًا من أقوالهم.

### المطلب الأول القانون بالطبيعة القضائية لنشاط المجلس

٣٢١- يمتد هؤلاء إلى أن المجلس يفصل فيما يطرح عليه من أوجه النزاع، علي ضيق قواعد قانونية يستخلصها وينزلها عليه *De dire le droit*.

وهو يعمل لتحقيق سيادة الدستور من خلال الفصل فيما يدعي به من تعارض بين القانون والدستور، وبين معاهدة دولية والدستور؛ أو بين لائحة برلمانية والدستور.

فلا يتحول بوجهه عن القاعدة الأعلى التي يمثلها الدستور، علي تقدير أن كلمته هي العليا.

وكما عرض نزاع علي المجلس مما يدخل في ولايته، فصل فيه في إطار من تكافؤ الفرص بين الخصماء، سواء في ذلك من يؤيدون النصوص المطعون عليها، أو من ينتقدونها وحتى في الأحوال التي لا يتوافر فيها عنصر النزاع، كاللصل في دستورية القوانين العضوية قبل إصدارها؛ واللوائح البرلمانية قبل تطبيقها؛ فإن العملية العقليّة التي يجريها المجلس في مجال تقييم

هذه القوانين وتلك اللوائح؛ هي ذاتها التي يستدعيها في الطعون التي تقدم في شأن القوانين العادية، والتي يعرضها عليه الأشخاص المشار إليهم في الفقرة ٢/ من المادة ٦١ من الدستور؛ وجميعهم ذوو مصلحة. في إبطال النصوص القانونية التي يعارضونها.

وليس أدل علي الصفة القضائية للمجلس، مما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٢ من الدستور الفرنسي من أن النصوص التي يقرر المجلس عدم دستورتها، لا يجوز إصدارها.

### المطلب الثاني

#### القائمون بالطبيعة السياسية لنشاط المجلس

٣٢٢ - والقائمون بالطبيعة السياسية - لا القضائية - للمجلس<sup>(١)</sup> يفسرون ذلك بأن الطريقة التي يشكل بها؛ وطبيعة المهام التي يتولاها؛ تكفي عنه الصفة القضائية. وقال آخرون بأن المجلس من طبيعة سياسية - قانونية - *Organ - politico - juridique* وأنه يفصل فيما يدخل في ولايته من المسائل من زلوية قانونية؛ ومن وجهة تقدير سياسية<sup>(٢)</sup>.

#### ويؤسس هؤلاء هؤلاء رأيهم على ما يأتي:

١. أن الطبيعة السياسية للمجلس هي النتيجة الحتمية والمنطقية لطريقة تكوينه ذلك أن أعضاء يعينهم سياسيون يحتلون في مناصبهم، أعلى مستوياتها.

وليس شرطاً في أعضاء المجلس أن يكونوا مؤهلين قانوناً لتولي المهام التي يهضون بها. وإنما هم رجال سياسة تولوا وظائفهم في المجلس بصفته هذه، أو علي الأقل عينهم فيه أصداً لهم من السياسيين.

٢. أن هؤلاء الأعضاء لا يراقبون فقط دستورية القانون - وهو التعبير الأعلى عن الإرادة السياسية - ولكنهم يتدخلون - بطريق مباشر أو غير مباشر - في مباشرة السلطة التشريعية بما يجعلهم شركاء فيها.

(١) Bernard Chenot, *le domaine de la loi et du règlement*, P.U.A.M., 1978, P.178; le Conseil Constitutionnel, Académie des Sciences Morales et Politiques, 9 Dec., 1985.

(٢) Paul Coste - Floret, *Débats et Avis du C.C.C.*, doc. Fr, 1960, p.57.

ذلك أن إصدار القانون إجراء تتم به العملية التشريعية وتصل إلى خاتمتها. وإذا يفصل المجلس في دستورية القوانين قبل إصدارها، فإن تدخله في العملية التشريعية قبل اكتمال حلقاتها التي لا يتمها إلا إصدار القانون، يكون ثباتاً بغیر نزاع، وعلي الأخص علي ضوء ما هو مقرر من أن إصدار القانون، يظل موقوفاً إلى أن يفصل المجلس في دستوريته.

وكان منطقياً بالتالي ما قرره المجلس من أن رئيس للجمهورية إذ يعيد قانوناً إلي السلطة التشريعية لقراءته مرة ثانية بعد أن حكم المجلس بعدم دستوريته، فإن تصويتها علي القانون بعد إحالته إليها علي هذا النحو، لا يكون تصويتاً علي قانون جديد، وإنما هي مداخلة تشريعية في ذات عملية إقرار القانون، وفي مرحلة تكميلية ناجمة عن الحكم بعدم دستوريته<sup>(١)</sup> ومن ثم تتم في ذات المرحلة الإجرائية للعملية التشريعية القائمة *la procedure legislative en course*. أفلا يقع المجلس داخل نطاقها...!!

٣. أن المجلس يلعب دوراً حقيقياً في عملية صناعة القانون. ذلك أن تدخله إما أن يبلور شكلاً من أشكال الضغط على السلطة التشريعية، وإما أن يهيئها إلى ما يكون صواباً في العملية التشريعية. وهو ما دعا الوزير الأول Michel Rocard إلى أن يطلب من معاونيه من الوزراء، بذل كل جهد من أجل تنقية القوانين التي يقدمون مشروعاتها إلى المجلس، من شوائبها الدستورية، حتى ولو كان احتمال عرضها عليه ضئيلاً<sup>(٢)</sup>.

٤. إن الرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تتوافر فيها ثلاثة شروط:

**أولها:** أن تباشر للفصل في دستورية قوانين قائمة معمول بها *A posteriori* من أجل فوض جزء علي مخالفتها للدستور، وثانيها: وقوع ضرر بالطاعن من جراء سريان النصوص المطعون عليها في حقها؛ **ثالثها:** أن تباشرها محكمة خاصة أو محكمة من محاكم القانون العام.

ولا كذلك المراجعة القضائية التي يباشرها المجلس، والتي لا تتعلق بقوانين قائمة، وإنما بقوانين لم تصدر بعد *A priori*.

(١) C.C.85-197.D.C.23 adu 1985,R.P.70

(٢) منار إلى هذا الكتاب الدورى الصادر عن الوزير الأول إلى وزارته في ص ٥٢ من الطبعة الثالثة من المؤلف Domonique Rousseau السابق الإشارة إليه.

وهي كذلك رقابة على مجموع نصوص القانون، ولا تنحصر بالتالي في تلك التي حددها الطاعن.

والمصلحة في هذا الطعن هي محض ضمان سيادة الدستور التي لا شأن لها بالمصلحة الشخصية للطاعن<sup>(١)</sup>.

٥. أن المجلس يقوم بخلق القانون وتلك عملية سياسية لا نزاع فيها، ويتعذر فصلها عن عملية تطبيق القانون. ذلك أن تطبيق قضاء الشريعة الدستورية لوثائق الحقوق وللدستور، يفترض تفسيرها. وتلك عملية خلق وإبداع.

٦. أن فصل مسائل القانون عن السياسة قلما يتحقق في مجال الرقابة على دستورية القوانين. ذلك أن النظر في القانون، لا يتم من المفهوم الشامل للتجرد والحيادة؛ ولا هو قراءة في الفراغ لأحكامه؛ ولا هو تصور موضوعي لها لا يختلط بالمفاهيم الشخصية لهؤلاء الذين أقروه.

وكل نشاط قضائي تتداخل فيه بالضرورة عوامل سياسية، ويؤثر كذلك بالقيم التي ينحاز القضاء لها، والتي يحدون من خلالها تلك المبادئ التي يمنحونها قيمة دستورية.

فلا يكون عملهم مجرد ترديد لنصوص القانون؛ ولا لنصوص وثائق إعلان الحقوق؛ ولا حتى للدستور القائم. ذلك أن هذه النصوص جميعها لا تنطق من تلقاء نفسها بمضمونها. ولكنها تحمل في إعطافها معاني متعددة يواجهها قضاء الشريعة الدستورية، ويختارون واحدا من بينها في إطار وظيفتهم القضائية<sup>(٢)</sup>. وإن وجب القول بأن كل تفسير للنصوص القانونية، ليس محض عملية قانونية، وإنما هو انضمام من قضاء الشريعة الدستورية - ولو بغير وعي منهم - إلى القيم التي يفضلونها، وإلى البدائل التي ينحازون إليها. فلا يكون للنص بعد تفسيره، غير المضمون الذي ألحقه هؤلاء القضاء به. ولكن صح القول بأنهم يتقنون في كل تفسير بقرائهم السابقة،

(١) Patrich Juillard, l'aménagement de l'article 61 de la Constitution, R.D.P. 1974, p. 1703.

(٢) ولما ذكره المجلس الدستوري الفرنسي أن للحكومة أن تجعل على تفويض من البرلمان لاتخاذ تدابير تشريعية تكفل بها تنفيذ برنامجها وأن هذا التفويض يجوز، ولو لم يكن البرلمان قد وافق على هذا البرنامج. ذلك أن كلمة 'برنامج' المنصوص عليها في المادة ٣٨ من الدستور، تختلف في معناها عن كلمة 'برنامج' التي تأتيها في نص المادة ٤٩ من الدستور. R.P. 31, du 12 Janu. 1977, C.C 76 - 72 D.C.

ويتحليل الفقهاء لقضاياهم ويرد فعل أحكامهم على الطبقة السياسية، ويمزاج الرأي العام والحالسة التي يكون عليها؛ إلا أن عوامل التأثير هذه من طبيعة سياسية أكثر منها قانونية، وهى تفرض نفسها بطريقة مشابهة على السلطة التشريعية ذاتها.

### المطلب الثالث

#### ترجيح الطبيعة القانونية لنشاط المجلس على طبيعته السياسية

#### ٣٢٢- على أن الطبيعة القانونية للمجلس يكشفها:

أولاً: أن الرقابة التي يفرضها لضمان الشرعية الدستورية تقتضى النظر قضائياً فى قواعدها بقصد تأصيلها والتخريج عليها، وتحويلها إلى قانون بمعنى الكلمة، مثلما تفعل المحاكم القضائية فى إرسالها لقواعد القانون المدنى. وهو ما نحاه كذلك مجلس الدولة الفرنسى فى بناء قواعد القانون الإدارى.

وقد صار للمحاكم الدستورية جميعها الوزن الأكبر فى الدول التى أنشأتها - لا لأنها تطبق الدستور بصورة جامدة؛ ولكن لأنها تنقل إليه مفاهيم جديدة، وصوراً من التطوير متعددة يكاد يصبح الدستور فى كنفها، غير الدستور فى الصورة التى ظهر بها أول الأمر. وما كان هذا الشكل الجديد للدستور ليتحول إلى شكل ملزم لولا قوة الأمر لمقضى التى يكتسبها قضاء الجهة القضائية التى تتولى فرض الشرعية الدستورية.

وربما كان المرجعون الذين يقولون بطبيعتها السياسية، لا ييغون غير الانقضااض عليها، وتقويض حجية قراراتها، وإيهام الآخرين بأنها لا تعمل إلا على المسرح السياسى، وفى إطار الطبقة السياسية التى توجهها الأهواء وتتحكم فيها.

وفاتهم أن الاعتبار الأهم، ليس هو للنظر فى الحالة التى كان عليها المجلس حين أنشئ، وإنما تحليل الصورة التى آل إليها من خلال اجتهاده.

والفقهاء فى غالبيتهم يرون أن المبادئ التراكمية التى كفلها هذا المجلس، فى مجال رقابته للدستورية، كان لها -وبالنظر إلى كثرتها وعمقها- أكبر الفضل فى توجيه المشرع إلى ما يعتبر صواباً فى فهم الدستور، وإلى التأثير فى عملية صناعة القانون ذاتها. ولا حاجة بعد ذلك فى القول بالطبيعة السياسية أو القضائية لنشاط المجلس.

### المطلب الرابع

ماذا كان يرد بالمجلس الدستوري الفرنسي ودرجة التطور التي بلغها

٣٢٤- ومواء كان المجلس جهة قضاء، أم كان حلقة في الموازين السياسية، فإن السطوة السياسية التي أنشأته، كان يعيها أن يظل في الظلام؛ وأن يكون دوره خافتاً، وصوته همساً، وكأنه يعمل بين موتى في المقابر، خاصة إذا كانت السلطة التنفيذية هي مركز الثقل في موازين القوة في الحلبة السياسية. فلا يرقبها قضاء الشرعية الدستورية في تصرفاتها المخالفة للدستور.

وحتى داخل السلطة القضائية ذاتها، فإن محاكمها قد تنظر بتحفظ كبير واستراتيجية عميقة، إلى جهة الرقابة على الدستورية، وكأنها كيان دخيل عليها، وولاد جديد لا يجوز أن يقوض عرشها حتى تحتفظ لنفسها بدورها كهيئة تتولى تقليدياً- وبصورة قطعية- ضمان حقوق الأفراد وحرياتهم.

وزاد من صعوبة الأمر، أن إنشاء المجلس الدستوري، كان يمثل ردة عن مفاهيم تقليدية أساسها أن السيادة للقانون؛ وأن البرلمان هو خير تعبير عن إرادة الجماهير؛ وأن لكل سلطة شرعيتها التاريخية أو الديمقراطية، فيما خلا هذا المجلس الذي نظرت إليه فرنسا منذ عام ١٩٥٨؛ باعتباره مجرداً من هاتين الصورتين من صور الشرعية.

ذلك أن نصوص دستور ١٩٥٨ وحدها هي التي حددت ولايته بصورة ضيقة. والذين ألفوه توقعوا أن يكون مجرد منظم للروابط بين السلطين التشريعية والتنفيذية.

فضلاً عن أن الاتجاه العام في فرنسا، كان يعارض القبول بتكوين خاص ينفرد بالمرجعة القضائية لدستورية القوانين.

بيد أن هذه الاتجاه لم يثن المجلس عن المضي قدماً في مباشرة ولايته وتعميقها إلى أن تسلم ذراها في عام ١٩٩٠.

وخلال هذه الفترة؛ كان عمل المجلس قلتماً على التحوط والمناورة وتحقيق التوازن، مؤكداً من جديد -ومن خلال قراراته- أن جهة الرقابة على الدستورية، كثيراً ما تنمرد على السلطة التي أنشأتها، وتجاوز توقعاتها.

٣٢٥- وكانت نقطة البداية في توجه المجلس، هي تركيزه على أن ولايته منحصرة في الحدود التي قيدها الدستور بها<sup>(١)</sup>.

La constitution a strictement délimité la compétence du conseil constitutionnel

ومن ثم رفض المجلس إيداء آراء استشارية لأية جهة<sup>(٢)</sup> ولم يقل كذلك الفصل في دستورية القوانين التي وفق عليها في الاستفتاء تأسيساً على أن القوانين التي تدخل في ولايته هي فقط تلك التي وفق البرلمان عليها؛ وأن القوانين التي أقرتها الجماهير في استفتاء عام، تعتبر تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية، ولا تشملها ولايته بالتالي<sup>(٣)</sup>.

وقد كان موقفه في ذلك حكيماً حتى لا يدخل في صراع مع السلطة التنفيذية التي كانت تمثل في هذا الوقت مركز القوة في النظام السياسي القائم<sup>(٤)</sup>.

وظهر المجلس بذلك كهيئة حذرة تحوط فيما تفصل فيه، وتولي احترامها لنصوص الدستور وللشرعية الديمقراطية.

بيد أن المجلس انتقل بعد ذلك من الأناة إلى الإقدام، فحول البرلمان الحق في أن يشرع فيما وراء حدوده المنصوص عليها في المادة ٣٤ من الدستور<sup>(٥)</sup>، متخذاً من مواد الدستور، ومن نصوص إعلان ١٧٨٩، ومن ديباجة دستور ١٩٤٦، سنداً لقضائه، ومنتهياً إلى اختصاص

(١) C.C., sep. 1961, R.p. 55.

(٢) يعارض هذا الاتجاه فرانسوا لويشير لئلا يأن من الأفضل أن يناشر المجلس ولايته قبل لا بعد.

François lauchaire: Saisir, le conseil avant plutôt qu' après, le Monde du 23 août 1985.

(٣) C. C. 61-20 D.C., 6 nov., 1962, R.p. 27.

(٤) كان الشعب الفرنسي قد صوّت في الاستفتاء على قانون يجعل انتخابات رئيس الجمهورية بطريق الاستراع العام المباشر. وقد طعن رئيس مجلس الشيوخ على هذا القانون مستنداً في ذلك إلى الفقرة ٢ من المادة ٦١ من الدستور؛ إلا أن المجلس رفض الفصل في دستورية القوانين الاستثنائية. وهو ما اعتبره بعض الفقهاء عملاً حكيماً حتى لا يثير حفيظة رئيس الجمهورية -وهو في هذا الوقت الجنرال ديغول المهيب- إلى حد إنفائه لوجود المجلس ذاته.

(٥) تحدد هذه المادة، المجال الممحور للقانون.

البرلمان وحده بكافة المسائل التي ترتبط عقلاً بالمجال المحجوز للقانون، أو التي تستهض تطبيق المبادئ العامة للقانون، وهي حل شديد الاتساع<sup>(١)</sup>.

فضلاً عما قرره في ٣٠ يوليو ١٩٨٢ من أن احتواء قانون لقره للبرلمان على نصوص لائحية، لا يصم هذا القانون بمخالفة الدستور، وإن تعين إخراج هذه النصوص من مجال تطبيق ذلك القانون<sup>(٢)</sup>.

ثم قفز المجلس خطوة جريئة نحو آفاق بعيدة. وذلك حين كفل بقراره في ١٦ يوليو ١٩٧١ حرية الاجتماع، وقرر أن الحق في تكوين الجمعية ينبغي أن يكون حراً، وأن تطبيق صحتها على قرار سابق -إلزامياً كان أم قضائياً- لا يجوز.

وقد أحال المجلس في تأسيس هذه القاعدة، إلى ديباجة دستور ١٩٥٨ التي تحيل بدورها إلى إعلان ١٧٨٩ وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦<sup>(٣)</sup>.

ولئن كان مجلس الدولة الفرنسي قد قرر هذه القاعدة ذاتها في ١١ يوليو ١٩٥٦<sup>(٤)</sup>، إلا أن فضل المجلس الدستوري في شأنها يتمثل في القيمة الدستورية التي خلعها عليها؛ وفي أنه صار يخوض فيما وراء نصوص الدستور ذاتها، وينظر بالتالي في ديباجة الدستور والوثائق التي تحيل إليها.

وقد استطاع -ومن خلال هذه الاستراتيجية التي أخطتها- أن يمد بصره إلى آفاق جديدة لا نهاية لها، وأن يتخذها مدخلاً لتقرير حقوق لا نص عليها في الدستور كذلك التي تتعلق بحرية الاجتماع.

وليس أدل على تلك القفزة الهائلة من أن المجلس كان إلى ما قبل إصداره لقراره المتعلق بحرية الاجتماع والحق في تكوين الجمعية بالإرادة الحرة -هو لقرار الصادر في ١٦ يوليو

(١) C.C. 65- 34 L., 2 juil. 1965, R.p. 75; C.C. 73- 51 D.C., 26 dec., 1973, R.p. 25; C.C. 73- 80 L., 28 nov 1973, R.p. 54; C.C. 69- 55 L., 26 juin 1969, R.p. 27; C.C. 82- 142 D.C., 27 juil, 1982, R.p. 52.

(٢) C.C. 82- 143 D.C., 30 juil 1982, R.p. 57.

(٣) C.C. 71- 44 D.C., 16 juillet, R.p. 29.

(٤) C.E., 11 juil 1956, Amicables des Annamités de Paris, R.p. 317.

٣٢٦- لا ينظر في غير الشكل الخارجى للقانون المنازع فيه La régularité externe de la loi؛ ولا يفصل بالتالى فى غير الأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيه، والتى يندرج تحتها الكيفية التى وزع للدستور بها الاختصاص بين كل من السلطة التشريعية والتنفيذية.

وأما بعد صدور هذا القرار، فإن مضمون القانون أو حقيقة محتواه Le contrôle interne صار كذلك محلاً للمراجعة القضائية<sup>(١)</sup> مما أتاح لهذا المجلس أن يباشر بصورة مطردة ومتساعدة، رقابة لا تنقيد بالمفاهيم التقليدية، ولكنها تنتقل منها إلى مفاهيم تغايرها فى نوعيتها، ليظهر المجلس فى النهاية كهيئة لها وزنها، ولا يتصور تجاهلها؛ تفرض رقابتها على البدائل التى اختارها المشرع Le choix du législateur.

واتساع المراجعة القضائية للبدائل التى يختارها المشرع، كان نقطة البداية فى استقلال المجلس عن السلطة التنفيذية التى كان يعينها دوماً أن تفرض من خلال المشرع، خيارتها السياسية التى تؤمن مصالحها.

٣٢٧- وقد ازداد دور المجلس تعاضداً بعد تعديل نص المادة ٦١ من الدستور فى ١٩٧٤/١٠/٢١<sup>(٢)</sup> بما يحول مسكين نائباً أو مسكين شيخاً، حق الطعن فى نصوص للقوانين العادية قبل إصدارها.

وقد تم هذا التعديل بمبادرة من الرئيس جيمس كار دستان الذى أعلنه فور انتخابه فى رسالة وجهها إلى البرلمان، متوخياً بها تأكيد الطبيعة الليبرالية لنظام الحكم من خلال دعم حقوق المواطنين وحرياتهم.

(١) لم يكن قرار المجلس الصادر فى ١٦ يوليو ١٩٧١ يبلور خطأ فاصلاً بصورة واضحة بين الرقابة على المحيوب الشكلية من جهة والمحيوب الموضوعية من جهة أخرى. ذلك أن المجلس فصل قبل هذا التاريخ فى عيوب موضوعية كذلك التى تنطق بمخالفة القانون لقاعدة عدم جواز عزل القضاة. وهى القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٦٤ من الدستور. ولكن الجديد فى تطور المجلس هو الانتقال النوعى فى مجال الرقابة من مفاهيم محدودة إلى مفاهيم شاملة.

(٢) أتمعت مجلس البرلمان فى شكل مؤتمر وأدخل تعديلاً على المادة ٦١ من الدستور بالأغلبية المطلوبة. وهى ثلاثة أخماس أصوات الأعضاء الحاضرين.

وكذلك تعديل وإعادة تشكيل الروابط بين الأغلبية والمعارضة. وقد كان مشروع التعديل -في صورته الأولى- متضمناً لقرّاحين:

أحدهما: أن يتولى المجلس من تلقاء نفسه، الفصل في دستورية القوانين التي يظهر كـه إخلالها بالحريات العامة التي يكفلها الدستور.

Des lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la constitution.

وثانيهما: أن يكون لعدد من البرلمانيين الطعن في القوانين التي يقرها البرلمان.

إلا أن الأغلبية البرلمانية والمعارضة على حد سواء لم تقبل بالاقترح الأول بالنظر إلى ما تصوره من أنه يخلو المجلس فرض نوع من الوصاية على أعمال البرلمان.

وأما الاقتراح الثاني، فقد قبل بعد نقاش مثير حول عدد البرلمانيين الذين يخولهم الدستور النفاذ إلى المجلس الدستوري للطعن في دستورية القوانين.

ولما كان الأمر، فإن التعديل -في الصورة التي آل إليها- يرهن على القوة المتصاعدة التي صار المجلس يحتلها، والوزن الكبير للمكانة التي حظى بها، والتي لم يعد معها ثمة محل للنظر في إلغاء وجوده أو خفض ولايته.

ومن ثم كان الحرص على دعمها علامة فارقة في تاريخه، خاصة وأن المعارضة -ومنذ إقرار التعديل- لم تال جهداً في أن تحمل إلى المجلس، القوانين التي تقدر مخالفتها للدستور.

وهي بموقفها هذا تعلن لجموع المواطنين عن عزمها على إرساء الشرعية الدستورية بكل الوسائل القانونية التي تعارض بها سياسة تشريعية قائمة، حتى إذا تحقق لها الفوز في دعائها على القانون مخالفته للدستور، دل ذلك على مصداقيتها، وأنها لم تقصد مجرد تجريخ الأغلبية البرلمانية لأغراض حزبية، بما يميز مكائتها، ويزيد من اطمئنان المواطنين إليها فيمنحونها تفهم.

ولم يكن لجوء المعارضة إلى المجلس خياراً لها تأخذ به أو تطرحه. ذلك أن انتقادها بعض القوانين أثناء مناقشتها في البرلمان، كان يلزمها بالتوجه إلى المجلس للفصل في دستوريته، وإلا صار تعييبها لها ملوناً بالأغراض السليمية:

وكثيراً ما ضاق المجلس بالمطاعن التي غلفتها الأهواء السياسية، وقرر في وضوح أن المراجعة القضائية التي يباشرها لا تتوخى تعويق السلطة التشريعية، أو تعطيل مباشرتها لوظائفها، وإنما ينحصر هدفها في ضمان اتفاق القوانين التي تقرها مع الدستور<sup>(١)</sup>.

وكان للفقهاء كذلك أحد العوامل المؤثرة في نشاط المجلس، كلما كان سعيهم لتطويره مودياً إلى انفتاح آفاق جديدة لاجتهاداتهم التي يقومون فيها بتطيل قضاء المجلس من منظور القيم الجديدة التي كفلها، والمفاهيم الدستورية التي أرساها، والحقوق التي تستنبط منها، ومن أن الدستور صار وثيقة قانونية تفرض منطلقها على فروع القانون جميعها<sup>(٢)</sup>.

ومنذ أن أصدر المجلس قراره في ١٦ يولييه ١٩٧١ في شأن حرية الاجتماع، نظرت الصحافة إلى المجلس باعتباره ملاذاً أخيراً للشرعية الدستورية، وصمام أمن في مواجهة طغيان السلطين التشريعية والتنفيذية، ومناراً لطلقاتهم في العمل، ولم يكن دور الصحافة في ذلك محدوداً.

(١) C.C. 85- 197 D.C., 23 aout 1985, R.p. 70.

(٢) Louis Favoreau, L'apport du conseil constitutionnel au droit public, Pouvoirs 1980, no. 13, p. 23.

### المبحث السابع

#### لا مكان للرقابة اللاحقة حتى اليوم في فرنسا

٣٢٨- كان الرئيس فرانسوا ميتران قد أعلن في ١٤ يولييه ١٩٨٩ - أمام رجال الصحافة - عن اعتقاده بضرورة تعديل الدستور بما يخول كل مواطن حق الطعن في دستورية القوانين إذا قدر إخلالها بحقوقه الأساسية *S'il estime ses droits fondamentaux méconnus*.

وقد حرص مشروع التعديل على ضمان تحقيق الرقابة القضائية اللاحقة من خلال مبدئين:

أولهما: الطعن غير المباشر في القوانين بعد العمل بها: ثانيهما: التصفية التلقائية للدفع بعدم دستوريته *La saaine indirecte et un double filtrage*.

ففيما يتعلق بالطعن غير المباشر في القانون، لم يخول مشروع التعديل كل شخص - طبيعياً كان أم معنوياً، وطنياً أم أجنبياً، من القطاع العام أو الخاص - حق اللجوء مباشرة إلى المجلس للطعن في دستورية قانون بعد صدوره. وإنما يتعين أن يكون هذا الطعن من المسائل الأولية التي يرتبط الفصل فيها بالفصل في نزاع قائم إذا قدر للقاضي تطبيق هذا القانون فيه.

ومن ثم كان حق الطعن مكفولاً لكل شخص كان طرفاً في نزاع يبغي الفصل فيه من خلال وسيلة دفاع جديدة يديها، ويؤمن بها حقوقه الأساسية التي أخل بها القانون المطعون فيه، سواء أقر البرلمان هذا القانون قبل أو بعد ١٩٥٨.

وقد دل مشروع التعديل بإحاليته إلى حقوق الشخص الأساسية التي أخل بها القانون المطعون فيه، على أن مضمون القانون هو محل النقي، وأن الأشكال التي يجب أن يفرغ القانون فيها، وكذلك مجاوزة ضوابط الفصل بين المجال المحجوز لكل من القانون ولللائحة، يتعين استبعادها من نطاق الرقابة القضائية اللاحقة.

وفيما يخص تصفية الدفع بعدم دستورية القوانين على مرحلتين، فإن البين من مشروع التعديل أن أولاهما تتم أمام المحاكم العادية في الأعم من الأحوال<sup>(١)</sup> التي يتعين عليها أن تتحقق

(١) عملاً بمشروع التعديل، يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام جهة التحقيق أو أمام جهة الحكم إدارية كانت أو قضائية.

من أن القانون المدفوع بعدم دستوريته، يرتبط بالنزاع المعروف عليها؛ ومن أن المجلس الدستوري لم يكن قد قضى من قبل بمطابقة هذا القانون للدستور؛ ومن أن المناعي الموجهة إلى القانون لها وجاهتها، فلا تبدو مقفلة إلى أسسها بصورة واضحة واطحة Ne paraît pas manifestement infondée.

فإذا ظهر للمحكمة تحقق هذه الشروط جميعها، كان عليها أن تحيل المسائل الدستورية التي أثارها الدفع المطروح عليها، إما إلى مجلس الدولة أو إلى محكمة النقض على ضوء طبيعة هذه المسائل، وما إذا كانت تدخل في اختصاص هذه الجهة أو تلك.

وتفصل كل من هاتين الجهتين -في حدود ولايتهما- في الدفع بعدم الدستورية المحالة إليها خلال ثلاثة أشهر على الأكثر.

فإذا بان لها جديتها Le caractère sérieux، أحالتها إلى المجلس الدستوري ليقرر خلال ثلاثة أشهر كذلك صحة القوانين المطعون عليها أو مخالفتها للدستور.

فإذا قرر مطابقتها للدستور، فإنها تستعيد قوة سريانها التي كان الدفع قد أوقفها. فإين كان قرار المجلس هو مخالفتها للدستور، تعين الامتناع عن تطبيقها.

٣٢٩- وقد كان لمشروع التعديل بعض المزايا أهمها عدم إقبال كاهل المجلس بطعون لا طائل وراءها، ولا فائدة منها بالنظر إلى خلوها من العناصر التي تكفل جديتها.

فلا تعطل الدفع بعدم الدستورية عمل المجلس، ولا تعتبر عينا على إجراءات التقاضي، خاصة على ضوء ما قرره المشروع من وجوب الفصل في هذه الدفع خلال الأجل القصيرة التي عيها. فضلا عن ضمان استقرار المراكز القانونية بالنظر إلى سريان قضاء المجلس بآثر مباشر، فلا يكون رجعياً في أثره.

٣٣٠- على أن مشروع التعديل أثار ردود فعل حادة بين المعارضين للرقابة اللاحقة، وكان هذا المشروع كذلك معيياً من مناح متعددة أهمها:

١. أقام مرحلتين لتصفية الدفوع بعدم الدستورية؛ إحداهما قاضي الموضوع؛ وأخرهما محكمة أعلى هي محكمة النقض أو مجلس الدولة اللذين يختصان وحدهما- وبصفة نهائية- بتقنية الدفوع بعدم الدستورية فصلاً في جديتها.

٢. أن القضاء اللذين يقدرون جدية الدفوع بعدم الدستورية في هاتين المرحلتين، إنما يفصلون بطريق غير مباشر في مسائل دستورية، ولو من وجهة مبدئية.

٣. أن محكمة النقض ومجلس الدولة، قد يتقاربان في ميلهما إلى إحالة المسائل الدستورية إلى جهة الرقابة على الدستورية، فقد تكون إحداهما لكل رغبة في ذلك. وقد يعمدان كلاهما إلى توفيق فرص اتصال هذه الجهة بتلك الدفوع.

٤. أن مشروع التعديل يقضي بأن المسائل الدستورية التي فصل فيها المجلس الدستوري عن طريق الرقابة السابقة، لا يجوز طرحها من جديد من خلال الرقابة اللاحقة.

وهو ما قد يدفع البرلمانيون إلى الطعن في كل القوانين قبل إصدارها توفيقاً لحرصها من جديد -ومن خلال الدفوع بعدم الدستورية- على هذا المجلس.

٥. أن المعارضة البرلمانية قد تتخطى بنفسها وبلادتها عن الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها حتى توفر للمواطنين فرص النيل بصفة مباشرة من الأغلبية البرلمانية من خلال الدفوع بعدم الدستورية التي يبدونها بعد العمل بالقانون.

وأياً كان مضمون هذا التعديل، فقد انتقده بعض الفقهاء ورجال السياسة اللذين تحفظوا عليه. بل وعادوه لضمائنه الرقابة اللاحقة التي يعارضونها ولا يقبلونها؛ ولأن للمواطنين قد يحركون الرقابة اللاحقة بعد سنين من صدور القانون، بما يخل باستقرار المراكز القانونية ويجعل الآثار التي رتبها القانون قبل الحكم بعدم دستوريته، ركاساً.

فضلاً عن أن الرقابة اللاحقة -في صحيح صورتها- يستحيل مزاولتها بالرقابة السابقة، ولا أن يعمل معها. ذلك أن تماسكهما منفرد، وتمايشهما غير متصور.

فالقانون الواحد قد تطهره الرقابة السابقة، فلا يجوز بعد تطهيره أن يوصم -من خلال الرقابة اللاحقة- بالبطلان. وهو ما يعنى تأكلها وأن يقتصر مجال عملها على القوانين التي لم تتناولها الرقابة السابقة.

وحتى وإن قيل بجواز الطعن في القوانين التي طهرتها الرقابة السابقة، فإن القانون الواحد يتغير مصيره تبعاً لنوع الرقابة التي تتصل به، وفي المرحلة الزمنية التي تقع فيها. فلا يكون للقانون الواحد صورة واحدة لا تتبدل، بل ينتقل من الصحة إلى البطلان، أو من البطلان إلى الصحة.

٣٣١- ولكن المؤيدين للمشروع استنفروا كل حجة يرون صوابها في الدفاع عن حق الشخص في الطعن في دستورية القوانين. وساقوا لذلك براهين حاصلها أن الرقابة اللاحقة تكمل الرقابة السابقة، وتسد بالتالي فراغاً قائماً في الرقابة على الشرعية للدستورية، وأن فضلها على الرقابة السابقة، يتمثل في أن مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها، تتحل في حقيقتها إلى رقابة مجردة لا شأن لها بالآثار المترتبة على تطبيقها، أو هي في أحسن الفروض رقابة على القوانين قبل إصدارها مع تصور آثار تطبيقها واحتمالاته.

كذلك قد تظهر الرقابة السابقة للقانون في مجموع أحكامه، ثم تظهر مخالفة بعضها للدستور من خلال تطبيقها؛ إما لسريانها في أحوال لم تتوقعها السلطة التشريعية، أو بتخيلها الجهة التي تبشر الرقابة السابقة؛ وإما لأن القواعد الدستورية التي كانت تحكم هذه النصوص، قد طرأ عليها نوع من التطور أخرجها عن الصورة الأولى التي كانت لها.

وبعبارة موجزة، فإن تطبيق القوانين عملاً -لا تخيل صور تطبيقها- هو الذي يتيح أفضل الفرص لسبر أغوارها. فلا يكون الحكم بدستوريتها أو مخالفتها للدستور، مجانباً الحق في الأعم من الأحوال.

أما الرقابة السابقة، فإن ضمانها لحقوق الأفراد وحرياتهم، غير كامل، لأنها لا تواجه بالجزاء صوراً من تطبيق القوانين المعمول بها تتصادم بها مع الدستور.

ويعيها كذلك أن الذين يملكون تحريكها هم الطبقة السياسية التي يمثلها رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أو ستون نائباً أو ستون شيخاً.

وهذه الطبقة السياسية قد تتضمن فيما بينها من خلال تحالفاتها واتفاقاتها السرية والجانبية واهتماماتها السياسية، أو لغير ذلك من العوامل. فلا تَطْعَنُ في القوانين قبل إصدارها بالرغم من عيوبها الدستورية الخطيرة والواضحة، بما يعطل الرقابة على الدستورية لتواطئها على إصدار أيرابها، ولا ضمان بالتالي لمواجهة حالة الحصار هذه التي يحال بها بين جهة الرقابة ومباشرة مهامها، غير تقرير حق كل مواطن في إثارة للرقابة اللاحقة على القوانين.

ذلك أن المواطنين لن يتدخلوا في تجريح قوانين يرون مخالفتها للدستور، ويقدرّون أن تطبيقها خلا من كل جزاء يردّها إلى صوابها. فلا تخالطهم نوازع السياسة ومسؤوليتها. إذ هم أحرص من غيرهم على تقويم اعوجاجها من خلال نظرة محايدة لمضمونها.

كذلك فإن الرقابة السابقة على القوانين التي يباشرها المجلس الدستوري تنضم بتسرعها، إذ عليه أن يفصل في دستوريّتها خلال ثلاثين يوماً، أو بما لا يجاوز ثمانية أيام في أحوال الاستعجال، فلا يكون سببه لأغوارها، محيطاً بجوانبها.

فضلاً عن أن الرقابة السابقة تعصم القوانين التي طهرتها من فرض رقابة لاحقة عليها للفصل في دستورية أحكامها بعد العمل.

بل إن الرقابة السابقة تخول القائمين على تنفيذ القوانين المحكوم بدستوريّتها، الحق في تطبيقها بالطريقة التي يرونها. ومن ثم تتعدد تأويلاتها على ضوء الزاوية التي ينظر منها كل منهم إلى هذه القوانين. فلا يعطيها غير المعاني التي يستصوبها بعد أن اطمأن إلى تعلقها بقوانين لم يعد يجوز لسلطة نهائية أن تنسرها، وأن تحكم عليها بعد تفسيرها لها.

وبذلك عيوب تنجرّد منها الرقابة اللاحقة، التي لا يتقيد الفصل في دستوريّتها بعد العمل بها بمدة جامدة حددها الدستور سلفاً، ولا بطبيعة سياسية يكون بيدها حق النعي عليها بعدم الدستورية، حتى وإن جاز القول بأن المعارضة سر على الأكل في الدول الديمقراطية يحثها ألا

تظل القوانين المعيبة قائمة، ولها بالتالي سمن خلال الرقابة السابقة على هذه القوانين - مصلحة محققة في تكثيفها من شواحبها.

٣٣٢- على أن مشروع تعديل الدستور الذي يخول الشخص حق الطعن غير المباشر فسي القوانين المعمول بها، لم يظفر بالأغلبية البرلمانية المطلوبة لإقراره؛ وتقرر بالتالي في مهده.

### الفصل العشرون

#### الرقابة القضائية اللاحقة A posteriori أو القائمة Repressif

##### أولاً: مضمون الرقابة اللاحقة وأهدافها

٣٣٣- ويقصد بها الرقابة على القوانين بعد إصدارها، سواء كان القانون المطعون عليه معمولاً به في دولة بسيطة، أو صادراً في دولة مركبة. وهي بعد رقابة غايتها ضمان سيادة الدستور في كل الأوقات، فلا تتقيد بمباشرتها بزمان دون آخر. وهي كذلك ضمان لحقوق الأفراد وحررياتهم من خلال فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية أو بعد المهد على العمل بالقانون المطعون فيه.

ولئن قيل بأن صون سيادة الدستور وحقوق الأفراد وحررياتهم، هو ما تتوخاه كذلك الرقابة السابقة A prior، إلا أن هذه الرقابة عيبها أن كثيرين ينظرون إليها باعتبارها رقابة سياسية فسي طبعتها<sup>(١)</sup> وأن أجالا قصيرة تحيطها، وأن الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها قبل إصدارها، يتعين أن يتم خلال آجال قصيرة، تخفض في حالة الاستعجال، فلا تتوافر لجهة الرقابة، المهلة الكافية لإمعان النظر فيها.

وهي بذلك رقابة لا تسير أغوار هذه النصوص، ولا تتعمق جوانبها، حتى وإن ظل القائلون المطعون عليه على ضوئها، موقفاً إلى حين الفصل في دستوريته.

كذلك أن توجد الرقابة اللاحقة إلى جانبها. ذلك أن الرقابة السابقة تستنفذ كل مراجعة قضائية للقوانين محلها، فلا يعاد النظر في دستوريته من جديد بعد العمل بها، بما يجعل هاتين الرقابتين غير متصور Inconciliable واحتمال تعارضهما قائماً.

فضلاً عن أن تسليط الرقابتين السابقة واللاحقة على النصوص القانونية ذاتها، يحمل في ثناياها مخاطر الفصل في مشروعيتها الدستورية على ضوء معايير مختلفة، خاصة وأن الرقابة السابقة لا تتعلق بمشروع قانون، ولكنها تتناول قانوناً أقرته السلطة التشريعية. ولم يبق غير إصداره ونشره في الجريدة حتى يكتمل وجوده قانوناً.

(١) Annuaire International de Justice Constitutionnelle, Economica, 1985, p.86.

أما الرقابة اللاحقة، فإن موضوعها هو القانون بعد أن خيره التطبيق، وأظهر العمل صورا من العوار فيه كانت خافية قبل العمل به. ومن ثم تتسم الرقابة اللاحقة بمواجهتها للقانون المطعون عليه بعد أن دخل مرحلة التنفيذ، وتحدثت آثاره على صعيد تطبيقاتها العملية، وبان للكافة نطاق مزاياها، أو قدر الأضرار التي لحقتها بالمخاطبين بها. ومن ثم تتسم الرقابة اللاحقة بمرونتها وحيويتها بالنظر إلى مباشرتها وفق الحقائق المعاصرة وعلى ضوء القيم الجديدة التي تفرض نفسها على القوانين بعد إصدارها، ولو كان إعمال هذه القيم ينقض تلك التي كانت تحكم هذه القوانين وقت إقرارها.

### ثانيا: لوجه النقد الموجهة للرقابة اللاحقة

٣٣٤- وما يقال من أن الرقابة اللاحقة بطيئة بطبيعتها، وأنها تخل باستقرار أوضاع نظمها للقوانين المعمول بها، مردود أولا: بأن المسائل الدستورية معقدة بطبيعتها بالنظر إلى تعدد عناصرها وتشابكها واتصالها بمصالح حيوية ينبغي وزنها بالقسط، يحتم مباشرتها في إطار نظرة هادئة تحيط بها.

ومردود ثانيا: بأن قدم العهد على قوانين اطرد تطبيقها ردا من الزمن، لا يجوز أن يصححها، ولا أن يحول دون مراجعتها<sup>(١)</sup>.

ومردود ثالثا: بأن القوانين التي تبطلها للجهة القضائية بعد العمل بها، نزول - عادة - كل الآثار التي رتبها بأثر رجعي يرد إلى لحظة ميلادها، ليستعيد الأفراد كامل حقوقهم التي أخسّت

(١) من المقرر قانونا أن عنصر الزمن وحده لا يجوز أن يكون قيدا على الطعن بعدم دستورية القانون. انظر كندا قضى بطلان قانون بعد عشرين عاما من العمل به- Gerald A. Beaudoin, la Constitution du Canada, 2e tirage, révisé 1991, p. 170 وأبطلت محكمتها العليا الاتحادية القوانين المعمول بها في مقاطعة Manitoba منذ عام ١٩٨٥ بالنظر إلى صياغة موادها، لا باللغتين الفرنسية والإنجليزية -هما اللغتان الرسميتان في كندا- بل بلغة واحدة هي اللغة الإنجليزية. ورغم إبطال المحكمة العليا لهذه القوانين جميعها إلا أنها أبقتها قائمة لضمان استقرار الأوضاع المرتبطة بتطبيقها، على ألا يجاوز السبيل بها الفترة الزمنية التي حدثت هذه المحكمة، والالتزام كحد أدنى لقررتها إلى هاتين اللغتين في آن واحد.

Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba. [1985] R.C.S. 721.

بها هذه القوانين، وكأنها لم تصدر. وهي بعد حقوق طبيعية لا تقادم ولا يجوز النزول عنها أو إسقاط الحق فيها<sup>(١)</sup>.

٣٣٥- وقد كان إيلاء الاعتبار الخاص لحقوق الأفراد وحرياتهم، للخلفية التاريخية لنص المادة ٥٧ من الدستور الأقدم المعمول به في مصر والتي تقضي بأن العدوان عليها يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية في شأنها بالتقادم. وهو ما يؤكد حقيقة أن هذا العدوان، خطير في نتائجه وأن إنهاء آثاره من فرائض الطبيعة الإنسانية لهذه الحقوق وتلك الحريات التي لا يجوز الإخلال بها، وإلا انفرط وجود الجماعة، وأخطأ بها المتمرد أو العصيان.

وإذا كان الدستور في مصر -من خلال نص المادة ٥٧ المشار إليها- قد جرم العدوان على حقوق الفرد وحرياته إذا كان الإخلال بها واقعا من خلال أعمال مادية، فإن ضمانها من خلال تقويم اعوجاج القوانين التي تنظمها، يكون أولى بالرعاية وأحق بالحماية.

#### ثالثا: محل للرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين

٣٣٦- محل هذه للرقابة أصلاً، هو النصوص القانونية جميعها أيا كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الحقوق التي تنطبق بها. وقد تتناول هذه الرقابة أعمالاً لا تصدر عن السلطة في مواقعها المختلفة، ولكنها تتلون بردائها لتظهر بمظهرها.

كذلك تفصل جهة الرقابة في دستورية النصوص القانونية، أو في الأعمال التي تأخذ حكمها، على ضوء أحكام الدستور بنمائها. وهذا هو الأصل. بيد أن نطاق هذه الرقابة وقد يتطرق بأجزاء بذواتها من الدستور، كذلك التي تتصل بتقسيم السلطة أو توزيعها، دون سواها. مثلما هو

(١) تنص المادة الأولى من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية على أن كرامة الإنسان لا يجوز انتهاكها وتحميها الدولة، وأنه من أجل ذلك يؤكد الشعب الألماني احترامه لحقوق الإنسان وضمانه لهم جواز الإخلال بها أو النزول عنها كأساس لتكوين كل مجتمع، ولصون قضية السلم والعدالة في العالم.

ونص هذه المادة يعني أن الكرامة الإنسانية مصدر حقوقه وحرياته جميعها. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية الألمانية بوصفها كرامة الإنسان بأنها أعلى القيم الإنسانية، والغاية النهائية للنظام الدستوري، وأساس كل الحقوق التي يضمها القانون الأساسي لألمانيا.

Donald. P. Kommers. The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, P.32

الحال في محكمة التحكيم البلجيكية *la cour d'arbitrage* التي تنحصر ولايتها في الفصل في المسائل الدستورية المتعلقة بعملية تقسيم الاختصاص وتوزيعه فيما بين الدولة وولاياتها الإقليمية.

وتباشر بعض الدول كالبرتغال نوعي الرقابة على الدستورية، السابقة واللاحقة معا.

#### رابعاً: خصائص الرقابة القضائية اللاحقة

٣٣٧- وفي الدول الفيدرالية، تخضع دساتير ولايتها وتشريعاتها، لمتور الاتحاد وللولايتين الاتحادية.

كذلك تنتم الرقابة اللاحقة بأن القرارات التي تصدرها الجهة التي تباشرها في شأن المسائل الدستورية التي تفصل فيها، لا تكون حجية نسبية مقصورة على أطرافها *inter partes*، ولكنها تنعدها إلى الدولة بكل أفرعها وتنظيماتها بما يجعل حجية مطلقة *Igra omnes*.

وما يقال من أن قراراتها هذه قوة القانون، محل نظر، ذلك أن جهة الرقابة لا تلغي قوانين قائمة. ولكنها تجرد القوانين التي تقضى بعدم دستورتها من قوة نفاذها، فلا يكون تطبيقها بعد ذلك منصوفاً.

#### خامساً: آثار الحكم بعدم الدستورية

٣٣٨- تنتم الرقابة للاحقة كذلك، بأن القرار أو الحكم القضائي بعدم الدستورية الصادر عن الجهة القضائية، إما أن ينفذ اعتباراً من تاريخ صدوره *Ex tunc*<sup>(١)</sup>؛ وإما أن ينفذ اعتباراً من لحظة زمنية تالية لتاريخ صدوره *Pro futuro*؛ وإما أن يكون لقرار هذه الجهة أو للحكم الصادر عنها بطلان نص قانوني، أثر رجعي. فلا يكون لهذا النص من وجود منذ إقراره *Ex tunc*. وهو ما ينبغي أن يكون الأصل في القرار أو الحكم الصادر بطلان نصوص قانونية قائمة. ذلك أن إبطالها ليس صفة عارضة تلحقها، ولا هو بعنصر جديد يضاف إليها، وإنما هو تأكيد لحالتها التي كانت عليها ابتداءً عند إقرارها *Ab initio*، وهي حالة يكشفها الحكم أو القرار بلا زيادة أو نقصان.

(١) يعتبر الدستور النمساوي نموذجاً للحكم بعدم الدستورية التي لا تسري إلا اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشرها، أو على الأكثر بعد سنة من تاريخ هذا النشر.

بيد أن الجهة القضائية قد تعدل من الأثر الرجعي لحكمها أو لقرارها بإبطال نص قانوني. لاعتبار يتعلق بواجب العدل والاستقرار، وبناء على نص في الدستور أو في قانون إنشائها، فلا يكون هذا القرار أو الحكم رجعياً في كل الأحوال، بل يتغير نطاق مـرـيـانه، خاصة إذا كان الدستور لا يتضمن حكماً في شأن الرجعية، سواء بحظرها أو باقتضاها.

وقد يخول الدستور الجهة القضائية بأن تقرر في حدود سلطتها التقديرية، أثراً رجعياً لحكمها بعدم الدستورية، مثلما هو الحال في النمسا بعد تحليل دستورها في عام ١٩٧٥. ولها كذلك أن تأمر في حدود سلطتها التقديرية، بأن تبقى نافذة، القوانين التي ألغتها.

والقاعدة المعمول بها في ألمانيا للفيدرالية وألمانيا والبرتغال، هي أن للحكم الصادر عن محاكمها الدستورية أثراً رجعياً تلقائياً في نطاق النصوص الجنائية التي قضى بمخالفتها للدستور.

وتقرر المحكمة الدستورية الألمانية في بعض الأحيان أن الحكم بعدم الدستورية، بعدم النصوص المطعون عليها اعتباراً من لحظة ميلادها AB INITO.

وأحياناً أخرى تقتصر على مجرد تقرير عدم تطابق النص مع الدستور بما يوجب مـرـيـان حكمها اعتباراً من تاريخ صدوره<sup>(١)</sup>.

(١) ويتعين على كل محكمة ألمانية تقرر أن قانوناً فيدرالياً أو قانوناً لولاية لازم للنص في القضية المطروحة عليها، قد صدر مخالفًا للقانون الأساسي، أن تحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية. ولا يلزم بالتالي لإجراء هذه الإحالة، أن يكون أحد الخصوم قد أثار المسألة للدستورية المتصلة بالنزاع الموضوعي. بل يكفي لإجرائها اقتناع قاضي الموضوع بشبهة مخالفة قانون يربط تطبيقه بالنزاع المعروض عليه، للدستور.

ويتعين أن يوقع على قرار الإحالة، قضاة المحكمة اللتين ولفقوا عليه، وأن يرافق به بيان بالنص القانوني المدعى مخالفته للدستور؛ ونص الدستور المدعى إهداره؛ مع إضاح الصلة القائمة بين النص المطعون عليه من جهة، والنزاع الموضوعي من جهة ثانية.

وللمحكمة الدستورية أن ترفض الفصل في المسألة الدستورية إذا بان لها أن اقتناع قضاة المحكمة المحلية بعدم دستورية القانون محل غير مبرر؛ أو أن النزاع الموضوعي يمكن الفصل فيه بخير الفصل في المسألة الدستورية المحالة إليها.

ويجب أن تمثل السلطة الفيدرالية في أعلى مستوياتها أو حكومة الولاية حسب الأحوال أمام المحكمة الدستورية الألمانية، وأن يتاح للخصوم اللذين ظهروا في مراحل النزاع الأولى، تقديم مذكراتهم المكتوبة لموضوع وجهة نظرهم.

وفي البرتغال، يخول دستورهما جهة الرقابة على الدستورية مرونة مطلقة تحدد بها من رجعية أحكامها، سواء كان ذلك لمصلحة الاستقرار للقانوني؛ أو لإعمال ضوابط تنسم بإنصافها، أو لتحقيق مصلحة عامة<sup>(١)</sup>.

وهذه المرونة هي التي تكفل لجهة الرقابة على الدستورية مواجهة الأوضاع الواقعية القائمة، وتقرير ما يناسبها من الحلول التي تستصوبها في حدود سلطاتها التقديرية. وهي سلطة زمامها بيدها، فلا يفرض أحد عليها أية قيود في شأن ممارستها.

---

(١) Albrecht Webber, Le controle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays d'Europe occidentale. Perspective comparative, Annuaire International de justice constitutionnelle, Economica, 1985 volume (1), pp. 51.57.

### الفصل الحادي والعشرون

#### الرقابة القضائية على الدستورية في صورتها المجردة

#### Abstract judicial Review

#### أولاً: مفهوم الرقابة المجردة

٣٣٩- وإذا كانت الرقابة بطريق الدفع، تعتبر وسيلة دفاع متاحة لكل خصم في نزاع موضوعي إذا وجه بقانون يراد تطبيقه على هذا النزاع، وكان يراه مخالفاً للدستور؛ فإن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية لا شأن لها بنزاع موضوعي. وإنما هي في واقعها رقابة لمصلحة الدستور، شأنها في ذلك شأن صور الرقابة لمصلحة القانون المعمول بها في مصر في إطار الطعن بالنقض<sup>(١)</sup>. ذلك أن هذه الرقابة هي التي يحمل معها الطاعن قانوناً يراه مخالفاً للدستور إلى المحكمة الأعلى في بلده<sup>(٢)</sup>، بالشروط المنصوص عليها في الدستور. وهي بذلك رقابة لها فعاليتها إذ يصير القانون بمقتضاها باطلاً عديم الأثر في مواجهة للكافة. ومن ثم يفيد المواطنون جميعهم من الحكم بإبطال هذا القانون؛ فلا يتجدد النزاع حوله من جديد.

بيد أن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية، وإن كان مرغوباً فيها من الناحية القانونية باعتبارها قاطعة في دستورية القانون، ولا تقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيقه؛ إلا أنها تقتض محيطاً سياسياً هائلاً. وقد يتدخل البرلمان بقوانين دستورية لتعطيل أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية مثلاً هو الحال في النمسا التي أعجز البرلمان محاكمة المحكمة الدستورية عن العمل، وشمل حركتها من خلال هذه القوانين.

(١) وفقاً للمادة ٧٥٠ من قانون المرافعات، يجوز للنائب العام أن يلمن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية -أي كانت المحكمة التي أصدرتها- إذا كان الحكم مبنيًا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله وذلك في الأحوال الآتية:

١- الأحكام التي يجوز للقانون الخصوم الطعن فيها

٢- الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن.

و يرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام. وتنتظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغیر دعوة الخصوم.

و لا يفيد الخصوم من هذا الطعن.

(٢) سواء كانت هذه المحكمة داخلة في نطاق تنظيم جهة القضاء العادي؛ أم كانت محكمة دستورية متخصصة.

فضلاً عن أن تحويل الدعوى الأصلية بعدم الدستورية لكثيرين يفيدون منها، مؤداه تراحم القضايا وتراكمها على قضاة الشرعية الدستورية، فإذا قلل الدستور من فرص اللجوء إليها، حدد ذلك من فائدتها العملية، وكفض من فعاليتها.

٣٤٠- وبينما يشترط في بعض الدول للفصل في الخصومة الدستورية، أن تتعلق بنزاع من طبيعة حادة وحقيقية - لا متوهمة أو فرضية - فإن المحكمة الدستورية الألمانية قد تفصل في شكوك أو في نطاق آراء حول دستورية قانون فيدرالي أو قانون صادر عن الولاية بناء على مجرد طلب يقدم إليها سواء من الحكومة الفيدرالية أو من حكومة الولاية أو من ثلث أعضاء البوندستاغ، وهو السلطة التشريعية المركزية. ولكل من هؤلاء وقد صاروا أطرافاً في الخصومة الدستورية - أن يطرحوا من خلال مذكراتهم المكتوبة، وجهة نظرهم في شأن القانون المطعون عليه. وقد يساندونها بمرافعتهم الشفهية التي تقبلها المحكمة خلافاً للأصل في إجراءاتها.

وتفصل المحكمة في دستورية القانون المعروض عليها على ضوء ضوابط موضوعية لا تتحاز فيها لا إلى حقوق شخصية يطلبها أفراد منها، ولا إلى وجهة نظر الجهة التي كان الطلب المقدم منها إلى المحكمة الدستورية، محرراً للطعن في دستورية القانون؛ وإنما تتحصر مهمة هذه المحكمة في أن تستخلص بنفسها معاني الدستور وتطبقها على القانون المعروض عليها.

وهي تباشر في هذا الإطار حرية تقصى كل ولعة كل لها أثر في تشكيل هذا القانون، وكذلك كل حجة ودفاع يتصل به.

#### ثانياً: أهمية الرقابة المجردة أو ضرورتها

٣٤١- وتبدو أهمية هذه الرقابة وحيويتها في أن الطعن في القانون، ما أن يتصل بالمحكمة الدستورية حتى يصير الفزل عن هذا الطعن غير جائز إلا بلئنها. وهو ما يعضد استقلالها ويجعلها متحدتاً باسم الجماهير، ولمصلحتهم، حين تدعوها الضرورة إلى ذلك<sup>(١)</sup>.

وللرقابة القضائية المجردة بعض تطبيقاتها كذلك في دول كإيطاليا، ويغض النظر عن أوجه النقد الموجهة إليها والتي تتمثل في تكس القضايا وتراكمها أمام قضاة الشرعية الدستورية،

(١) Donald P. Kammer, The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany 1997, p. 13-14.

وإعراهم بالتالى فى فىض من القوانين التى يكلفون بالفصل فى دستوريتهما، فى أنها قد تكون مدخلا إلى عرض طعون بعدم الدستورية لا قيمة لها، أو تحركها النزوة الشخصية؛ إلا أن هذه الصعوبة يمكن حلها من خلال تشكيل لجنة داخل المحكمة الدستورية العليا تكون مؤلفة من ثلاثة من قضائها، وفحصون ما يكون من هذه الطعون جدياً، شأنهم فى ذلك شأن دوائر فحص الطعون فى الدرجة الأعلى من المحاكم، وشأن محكمة الموضوع ذاتها التى تقوم بتصفية الدفوع بعدم الدستورية التى تثار أمامها، فصلا فى جديتها من وجهة نظر أولية.

### ثالثاً: مزايا الرقابة المجردة أو فوائدها

٣٤٢- وتظل الدعوى الأصلية -بعد تحديد نطاقها على النحو المتقدم- أكثر اقتراباً من حقيقة المهام التى يتولاها قضاء الشرعية الدستورية. ذلك أن الدستور ما لقائهم على مباشرة ولايتهم هذه إلا لضمان سيادة الدستور من خلال إبطال النصوص القانونية التى تناقض أحكامه. وهى بذلك ضمان مطلق للشرعية الدستورية من أوجه عديدة أهمها:

أولاً: أن القوانين التى تبطلها الرقابة المجردة، يزول كل أثر لها، فلا يبقى لها مكان فى الحياة القانونية. وذلك على نقيض الرقابة بطريق الدفع التى يقتصر أثرها -أصلاً- فى بعض الدول -كالولايات المتحدة الأمريكية- على إبطال القانون المناقض للدستور فى مجال تطبيقه بالنسبة إلى المدعى فى الخصومة الدستورية As applied to the respective party.

ثانياً: أن الرقابة المجردة تعلق بالقيم التى احتضنها الدستور إلى حد فرضها على كل قانون يخالفها. وهى قيم لا يجوز تعليق نفاذها على خصومة موضوعية ترتبط بها الخصومة الدستورية، بما يجعل المصلحة الشخصية المباشرة دائرة بين هاتين الدعويتين<sup>(١)</sup>. وهى مصلحة لا تحركها غير الأضرار الشخصية والمباشرة التى ألحقها القانون للطعون فيه بالمدعى فى الخصومة الدستورية. فلا تكون هذه للخصومة غير طريق لرد هذه المضار.

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا فى قضاء مطرد بأن المصلحة الشخصية المباشرة فى الدعوى الدستورية هى التى ترتبط عقلاً بالمصلحة فى الدعوى الموضوعية بحيث يؤثر الحكم فى الدعوى الدستورية فى الحكم فى الدعوى الموضوعية.

ثالثاً: أنه وإن جاز القول بأن السلطة القضائية بكل أفرعها، لا تفصل في غير خصومة قضائية يتنبا المدعى برفعها الحصول على منفعة يقرها القانون حتى لا تتخذ موطناً للدفاع عن مصلحة نظرية عقيمة لا طائل من ورائها؛ إلا أن ثمة حقيقة لا يجوز إنكارها، هي أن السلطة القضائية لا تميل بوجه عام إلى عرض المسائل الدستورية على قضاء الشرعية الدستورية الذين تنظر إليهم السلطة القضائية وكأنهم غرباء يقتحمون محرابها لانتفاص ولايتها. وتلك جميعها مخاطر لا تدفعها إلا الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي لا تحركها المصلحة الشخصية والمباشرة، وإنما توجهها المصلحة في ضمان سيادة الدستور، وهي مصلحة حقيقية وموضوعية.

هي مصلحة حقيقية لأن سيادة الدستور تمثل الضمان النهائي لخضوع الدولة للقانون بما يكفل ديموقراطية تصرفاتها.

وهي مصلحة موضوعية، ذلك أن قضاء الشرعية الدستورية لا يطبقون قواعد ترك الخصومة على المسائل الدستورية التي تثيرها الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، وإنما يظل هذا الفصل بأيديهم يوجهونها، وفق قواعد محايدة في مضمونها، ولأغراض يظنها للدستور بالحماية، وبمعايير لا تخاطبها النزعة الشخصية للخصوم في الدعوى الدستورية.

#### رابعاً: موقف المحكمة الدستورية العليا من الدعوى الأصلية بعدم الدستورية

٣٤٣- أطرّد قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن المشرع لم يجز الدعوى الأصلية بعدم الدستورية كطريق للطعن على دستورية النصوص القانونية.

وهي تؤيد وجهة نظرها هذه بنص المادة ٢٩ من قانونها التي تعلق اختصاصها بالفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، على إحالتها إليها مباشرة من محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو على تقدير هذه المحكمة أو الهيئة، جدية دفع بعدم دستورية نص قانوني يرتبط الفصل في دستوريته، بالنزاع المعروض عليها<sup>(١)</sup>. فإذا لم تطرح هذه المحكمة أو الهيئة

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٤١ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٥ أكتوبر سنة ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٧ صفحة ١٢٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ١٤٢ لسنة ١٩٩٦ - قضية دستورية - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - قاعدة رقم ٨٥ - ص ١١٨٦ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢٠ لسنة ١٩٩٩ - قضية دستورية - جلسة ٤ إبريل سنة ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٣ - ص ١٢٥٢ من الجزء الثامن.

برفع للدعوى الدستورية أو لم تحلها بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا، أو كان النص القانوني، قدم مباشرة من الطاعن إلى هيئة المفوضين بهذه المحكمة، فإن دعواه في ذلك تتحل إلى طعن مباشر على هذا النص ليأخذ شكل نزاع مع هذا النص بقصد إهدار أثره مما يتعين معه الحكم بعدم قبول دعواه<sup>(١)</sup>.

---

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٦٨ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٩ - ص ٩٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ انظر كذلك ذات المبدأ في القضية رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١١ - ص ١٢٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

### الفصل الثاني والعشرون

#### الرقابة القضائية على الدستور في مصر

##### أولاً: طرائق هذه الرقابة

٣٤٤- حدد قانون المحكمة الدستورية العليا طرقاً ثلاثة لاتصال الخصومة بها وفقاً لقانونها. وهذه الطرائق جميعها منصوص عليها في المادتين ٢٧ و ٢٩ من قانونها. وتصلبها كالآتي:

أولاً: طريق الإحالة المباشرة للمسائل الدستورية من لية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، إلى المحكمة الدستورية العليا. وذلك وفقاً لحكم البند أ من المادة ٢٩ من قانونها. ويتعين أن يكون الفصل في المسائل الدستورية المحالة إليها، لازماً للفصل في النزاع المعروض على المحكمة أو الهيئة المحيلة.

ثانياً: أن تقرر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، جدية دفع بعدم دستورية نص قانوني يتعلق بالنزاع المعروض عليها ويكون لازماً للفصل فيه. ويتحدد نطاق الدعوى الدستورية بالحدود التي قدرت فيها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي جدية الدفع الذي طرحه الخصم عليها. وترخص هذه المحكمة أو الهيئة برفع الدعوى الدستورية بناء على السلطة المخولة لها بمقتضى البند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

ثالثاً: أن تولج المحكمة الدستورية العليا بنفسها مسائل دستورية تعرض لها بمناسبة مباشرتها لاختصاص مخول لها وفقاً لقانونها، إذا كان للفصل في هذه المسائل يتصل بنزاع قائم معروض عليها، ويؤثر في نتيجته. وذلك عملاً بنص المادة ٢٧ من قانونها.

##### ثانياً: اتصال هذه الطرائق بفرض كلمة الدستور

٣٤٥- وتتعلق هذه الطرائق جميعها بالفصل في المسائل الدستورية دون غيرها، بوصفها جوهر الرقابة التي تبشرها المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها. كذلك تتصل هذه الطرائق بفرض كلمة الدستور، ذلك أن الخصومة للدستورية التي تقوم في جوهرها على مقابلة النصوص المدعى مخالفتها للدستور، بالقيود التي فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية. ومن ثم تكوين

هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية، فلا يكون إهدار هذه النصصوص بقدر تعارضها مع الدستور، غير تحقيق للغاية التي تبتغيها هذه الخصومة.

### ثالثاً: حدود هذه الرقابة

٣٤٦- ولا يجوز أن تتولى المحكمة الدستورية العليا تحقيق واقعة يدخل إثباتها أو نفيها في اختصاص محكمة الموضوع، ولو خالطها القانون، كالفصل فيمن يعتبر قانوناً متمتعاً بالحق في الملكية، وفيما إذا كانت المرأة المعقود عليها حل لمن تزوجها؛ وما إذا كان الشقاق بين الزوجين قد استقل أو ما إذا كان سوء معاشرة الرجل لزوجته، لا يُلحق بمنزلها.

وتتصل المحكمة الدستورية العليا بنفسها في اتصال الخصومة الدستورية بها وفقاً لقانونها. وفصلها في ذلك سابق بالضرورة على تناولها المسائل الدستورية موضوعها<sup>(١)</sup>.

وليس لمحكمة الموضوع أن تقحم نفسها في توافر شرائط اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا أو تخلفها<sup>(٢)</sup> ذلك أن قانونها ناطق بها وحدها التحقق من توافر الشروط التي لا تقبل الخصومة الدستورية إلا بولوجها، وذلك في المادتين ٢٧ و٢٩ من هذا القانون.

ولئن صح القول بتعلق أحكام الدستور بالنظام العام. إلا أن الاحتجاج بنص في الدستور في مجال خصومة قضائية، يفترض أن تكون هذه الخصومة مستوفية ابتداء شرائط قبولها.

ولا يجوز بالتالي الخلط بين شروط اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفق الأوضاع المنصوص عليها في قانونها من جهة، وبين مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها عليها من جهة ثانية. ذلك أن المشرع ما قرر شروط التداي أمام المحكمة الدستورية العليا إلا لمصلحة جوهرية قراها. وهي مصلحة لا يجوز التفريط فيها أو التهوين منها. وليس من شأن توافر شروط قبول الخصومة الدستورية، أن يكون مجرد رفعها موقفاً مسرياً للنصوص

(١) "دستورية عليا" -التقضية رقم ٥ لسنة ١٤ قضائية "منزعة تنفيذ" -جلسة أول يناير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ٢-

ص ٧٩ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" -التقضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٤-

ص ٢٧٧ وما بعدها من الجزء السادس.

القانونية المطعون عليها. ذلك أن وقفها يفيد بالضرورة إرجاء العمل بها. حال أن الأصل في هذه النصوص -حتى بعد الطعن عليها بمخالفتها للدستور- هو افتراض صحتها. ويظل تطبيقها لازماً ما لم تجردا المحكمة الدستورية العليا من قوة نفاذها. بما مؤداه أن النصوص القانونية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز أن يكون مريانها متراجها، ولا العمل بها موقوفاً<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: الدعيان الموضوعية والدستورية -حدود الصلة بينها

٣٤٧- وتفترض الطريقتان الأولى والثانية من طرائق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها، أن قراراً صدر عن أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بأن النصوص القانونية التي تحكم النزاع لمطروح عليها، تحيطها شبهة عدم الدستورية، وأن هذه الشبهة لها وجه. ويتخذ هذا القرار صورة ترخيص برفع الدعوى الدستورية خلال أجل معين. ويصدر هذا الترخيص عن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي بعد دفع بعدم الدستورية بطرح عليها، ما لم تقرر هي بنفسها إحالة المسائل الدستورية مباشرة إلى المحكمة للدستورية العليا.

ويصدر القرار في صورتين المتقدمتين بناء على شبهة تنشئ بها النصوص المطعون عليها من ظاهر وجهها. وهي شبهة لا يتعمق معها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، في حقيقة النصوص المطعون عليها فضلاً في صحتها أو مخالفتها للدستور.

وإنما تقوم هذه الشبهة إذا بأن من ظاهر هذه النصوص، أنها مخالفة للدستور. ولئن صح القول بأن المحكمة الدستورية العليا -في هاتين الصورتين- لا تستهض بنفسها الخصومة الدستورية لأنها تأتي إليها على قدميها من محكمة أو هيئة أخرى ذات اختصاص قضائي، إلا أن الخصومة الدستورية تستقل في شرائط قبولها، وفي موضوعها، عن الخصومة الموضوعية، فلا تتدخلان أو تمتزجان، وإن كان الحكم الصادر في المسائل الدستورية، يؤثر بالضرورة في تحديد مضمون القاعدة القانونية التي تحكم موضوع النزاع.

٣٤٨- وتلك هي الصلة الوحيدة بين هاتين الدعويين. وفيما وراء هذه الصلة، نظل لكل من هاتين الدعويين ذاتيتها، ولا يجوز لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، أن تنزع

(١) ص ٢٨٨ وما بعدها من الحكم السابق.

الخصومة الدستورية من المحكمة الدستورية العليا بعد دخولها في حوزتها ولا أن تمنعها من نظرها بقرار من جهتها.

ومن ثم يكون اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، حائلاً بالضرورة دون أن تفصل المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي في النزاع المطروح عليها قبل أن تصدر للمحكمة الدستورية العليا حكمها في شأن النص القانوني الواجب تطبيقه في هذا النزاع وهو ما يفيد لزوماً تطبيق الفصل في أولاهما على ثانيتهما<sup>(١)</sup>.

٣٤٩- على أن لامتناع الفصل في الدعوى الموضوعية قبل الفصل في الدعوى الدستورية، يفترض قيام وجه للفصل في المسائل الدستورية. ويعتبر هذه الوجه ملقياً في الأحوال الآتية:

\* زوال المصلحة في الخصومة الدستورية بعد رفعها أو تخلفها أصلاً. إذ يتعين أن يتوافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في هذه الخصومة ليس فقط وقت رفعها، وإنما كذلك عند الفصل فيها.

أن تكون الدعويان الموضوعية والدستورية قد اتجهتا معاً إلى مجرد الطعن على بعض النصوص التشريعية بغية تقرير عدم دستوريتهما؛ إذ تكونان عندئذ متحنتين محلاً، لإتجاه أولاهما إلى مسألة وحيدة ينحصر فيها موضوعها، هي الفصل في دستورية النصوص التشريعية التي حدثتها. وهي عين المسألة التي يقوم بها موضوع الدعوى الدستورية. واتحاد هاتين الدعويين في محليهما، مؤداه أن محكمة الموضوع لن يكون لديها ما تجل فيه بصرها بعد أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية النصوص المطعون عليها سواء بتقرير صحتها أو بطلانها. وبالتالي لن يكون الحكم الصادر عن هذه المحكمة لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية. إذ ليس ثمة "موضوع" يمكن إزال للقتضاء الصادر في المسألة الدستورية عليه<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٩٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٤/٣/٥ -قاعدة رقم ٢٠- ص ٢١٣ وما بعدها من الجزء الخامس من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٣/١/٢ -قاعدة رقم ١١ -ص ١٢٤ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

\* أن تحيل لية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي مسألة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا أو تقر بنفسها جدية دفع بعدم الدستورية لئلا أمامها، ثم يظهر لها أن المسألة الدستورية عنها قد تناولها قضاء سابق قطعي من المحكمة الدستورية العليا، إذ يتعين عليها عندئذ. إعمال هذا القضاء. ذلك أن تطبيقها لحكم المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد لا يدخل فقط في اختصاصها، بل هو كذلك واجبها.

\* أن يتخلى الخصم عن دعواه الموضوعية أو عن دفع بعد الدستورية كان قد أبداه أثناء نظرها وقد قررت محكمة الموضوع جديته. وتثير هذه الحالة صعوبة مردها أن التخلي عن الدعوى الموضوعية أو عن الدفع المثار أثناء نظرها، مؤداه استباق قضاء المحكمة الدستورية العليا في المسألة الدستورية التي تتصل بالدعوى الموضوعية. وهو ما لا يجوز. ذلك أن انصبال الدعوى الموضوعية بالمحكمة الدستورية العليا وفقا لقانونها، يجعل هذه الدعوى في قبضتها ولا يجوز أن يخرجها منها عمل يصدر عن المدعى في الدعوى الموضوعية، خاصة وأن هذا العمل كثيرا ما يكون نتيجة ضغوط تعرض لها. فضلا عن أن جواز النزول عن الخصومة الدستورية بعد رفعها، يفترض الطبيعة الشخصية للمسائل الدستورية التي تتعلق بها هذه الخصومة وهو ما يناقض حقيقتها علي تقدير أن حكم الدستور بشأنها يؤثر بالضرورة في مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها علي النزاع الموضوعي وهو أمر يتعلق بالنظام العام.

وكلما وجه المدعي خصومته الدستورية مبتغيا بها الفصل في مسائل من طبيعة دستورية فإن دوره بعد إثارتها من خلال هذه الخصومة، يعتبر منتهيا. وهو ما تؤكد الطبيعة العينية لهذه الخصومة التي لا تحكمها قواعد الحضور والغياب المنصوص عليها في قانون المرافعات. وليس في بقاء الخصومة الدستورية حتى بعد نزول المدعي عن دعواه الموضوعية أو عن الدفع بعدم الدستورية، ما يخلطها بالدعوى الأصلية بعدم الدستورية. إذ لا تزال الصلة قائمة بين الدعويين الدستورية والموضوعية. بما مؤداه أن المدعي في الخصومة الدستورية وإن كان يحركها، إلا أن مصيرها ينبغي أن يكون بيد المحكمة الدستورية العليا. ولا حق لمن رفعها في أن يقرر بقاءها أو زوالها.

### خامساً: الأثر المترتبة على دخول المسائل الدستورية

#### في حوزة المحكمة الدستورية العليا

٣٥٠- تدخل المسائل الدستورية في حوزة المحكمة الدستورية العليا -رِعْماً بنص المادة ٢٩ من قانونها- عن أحد طريقين:

أولهما: ما ينص عليه البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون، من تحويل لية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي السلطة التي تحيل مباشرة بها إلى المحكمة الدستورية العليا، النصوص القانونية التي تقدر مخالفتها للدستور. وعليها عندئذ أن توقف السير في النزاع المعروض عليها، وأن تحيل أوراؤه إلى المحكمة الدستورية العليا بغير رسوم قضائية<sup>(١)</sup>. وهي تحيل إليها هذه الأوراق سواء أفت خصم في هذا النزاع نظرها إلى المخالفة الدستورية، أم كانت هي التي تبيتها من تلقاء نفسها.

ثانيهما: أن ترخص لية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي لخصم دفع أمامها بعدم دستورية نص قانوني -ربعد تقديرها لجدية هذا الدفع- بأن يقيم خلال أجل تحدده، دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا. وعليها في هذه الحالة -رِعْماً بنص البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن توجل للنزاع المعروض عليها حتى تفصل فيه المحكمة الدستورية العليا، وذلك في الحدود التي قدرت فيها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي جدية الدفع الذي كان مطروحاً عليها.

وسواء تقرر تأجيل النزاع الموضوعي في الحالة المنصوص عليها في البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أم تقرر وقفه في الحالة المنصوص عليها في البند (أ)، فإن تأجيل النزاع الموضوعي أو وقفه يتحدان معاً في نتيجة بذاتها، هي أن يكون الفصل في النزاع الموضوعي مطلقاً وجوباً على قضاء المحكمة الدستورية العليا؛ ومترابها بالضرورة إلى حين صدوره.

(١) علة إعفاء الخصوم من الرسوم القضائية، أن محكمة الموضوع هي التي أحالت المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها.

ذلك أن الفصل في النزاع الموضوعي قبل الفصل في الخصومة الدستورية، هدم الصلة الوثقى بين نزاع يتعلق بالحقوق من جهة إثباتها ونفيها؛ وبين مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها على هذا النزاع.

وإذ كان الفصل في الحقوق من اختصاص محكمة الموضوع، فإن عليها أن تترص تحديد المحكمة الدستورية العليا للقاعدة القانونية التي ينبغي أن تطبقها على هذا النزاع. وهى قاعدة تستخلصها المحكمة للدستورية العليا من خلال فصلها في الخصومة الدستورية.

ولا يجوز بالتالي أن يكون الفصل في النزاع الموضوعي مطابقا عليها. إذ ليس للمحكمة أو للهيئة ذات الاختصاص القضائي التي قدرت إبتداء - مخالفة للنصوص القانونية للمطعون عليها للدستور أن تطبقها ختيما - على النزاع المطروح عليها، وإلا كان ذلك عدوانا على المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز لجهة ليا كان موقعها أن تمنعها من مباشرة ولايتها.

#### ساسا: الآثار المترتبة على الصلة بين الدعويين الموضوعية والدستورية

٣٥١- مؤدى الصلة بين الدعويين الموضوعية والدستورية، أن يكون الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية، مؤثرا في النزاع المرتبط بها والمعروض على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي؛ وتعين بالتالي أن يظل هذا النزاع قائما عند الفصل في الدعوى الدستورية، وإلا فقد الحكم الصادر فيها جدواه. وينبغي أن يلاحظ أن الفصل في الدعوى الموضوعية قبل الفصل في الدعوى الدستورية، مؤداه:

أولا: أن تنحدر بالرقابة على الشرعية الدستورية إلى مرتبة الحقوق النظرية محددة الأهمية التي لا ترتجى منها فائدة عملية.

ثانيا: تعطيل سيادة الدستور التي يتمثل مظهرها في مجال الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، في إدار النصوص القانونية المخالفة للدستور بما يحول دون تطبيقها في نزاع قائم. وذلك مهمة لا تقوم بها إلا المحكمة الدستورية العليا التي خولها الدستور والمشرع اختصاص تجريد للنصوص القانونية التي تخل بأحكامه من قوة نفاذها.

ثالثاً: أن الطعن بعدم الدستورية يدور حول حقوق وأوضاع سابقة على الفصل في الدعوى الدستورية؛ وما يتوخاه الطاعن من إبطال النص القانوني المطعون عليه، لا يزيد على إلغاء وجوده كيلا يطبق في النزاع القائم أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي مثل أمامها؛ فإذا لم يحصل في هذا النزاع على الترضية القضائية التي قام بموجبها، أو حصل عليها قبل أن تحدد المحكمة الدستورية العليا، النص القانوني الواجب تطبيقه في ذلك النزاع؛ كان ذلك تجريدا للحق في التقاضي من الفائدة العملية التي يستهدفها، بما يخل بنص المادة ٦٨ من الدستور، ويهدر مبدأ خضوع الدولة للقانون المقرر بنص المادة ٦٥ من الدستور ويعطل ولاية السلطة القضائية في مجال صونها لحقوق المواطنين وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

سابعاً: الحق المقرر للمحاكم جميعها في اللجوء لنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا

٣٥٢- لكل محكمة ولكل هيئة ذات اختصاص قضائي -وإعمالاً منها للبلدين أ و ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تقدر بصفة مبدئية، دستورية النصوص القانونية التي تحكم النزاع المعروض عليها، وأن تحيل هذه النصوص بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا إذا رأت على هذه النصوص ما يشي بمخالفتها للدستور؛ أو أن ترخص لخصم دفع أمامها بعدم دستورتها بأن يقيم دعواه الدستورية خلال أجل تحدده، إذا ظهر لها أن هذه النصوص لها من وجهها ما يظاهر بمخالفتها للدستور.

ذلك أن المسائل الدستورية التي تحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا، أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو التي تقدر هذه المحكمة أو الهيئة جدية الدفوع التي تستهضها، لا يدخل الفصل فيها في ولايتها، وإن كان الفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها يرتبط بالفصل فيها.

وهي بذلك -وفي حقيقتها- من المسائل الأولية التي يجوز تعليق الفصل في النزاع على الفصل فيها. وليس لها بالتالي من شأن لا بالدفوع الشكلية ولا بالدفوع الموضوعية التي لا تجوز إثارتها لأول مرة محكمة للنقض.

(١) ص ٢١٨ و ٢١٩ من الحكم السابق.

ذلك أن محكمة النقض وإن قصر القانون المنظم لولايتها على الفصل في مسائل القانون وحدها، إلا أن تعديدها حكم القانون على أجزاء الحكم المطعون عليها، لا ينفصل عن تعديدها بالدستور، وهو القانون الأعلى أو هو قانون القوانين جميعها.

ويؤيد ذلك أن للمسائل الدستورية جميعها تستهض نطاق التطبيق أو التعارض بين نصوص القانون التي تحكم النزاع المطروح عليها، وحكم الدستور. وهي تقدر حدود هذا التطبيق أو التعارض من منظور الدلالة لظاهرة للنصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، شأنها في ذلك شأن المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي جميعها.

ولا تعتبر المسائل الدستورية بالنال واقعا تتحراه محكمة الموضوع أو محكمة النقض. ولا هي بقانون يختلط بواقع لم تحققه محكمة الموضوع وتقول كلمتها فيه. وإنما تثير هذه المسائل حكم الدستور في شأنها، وهي بذلك وثيقة الصلة بمهمة تطبيق القانون التي تقوم عليها محكمة النقض. ومن ثم تكون هذه المحكمة مخاطبة بنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، شأنها في ذلك شأن غيرها من المحاكم على اختلافها<sup>(١)</sup>.

#### ثامنا: الشرطان اللذان لعرض المسائل الدستورية

##### على المحكمة الدستورية العليا

٣٥٣- وإذ تقدر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي جدية دفع بعدم الدستورية أثير أمامها، أو تحول بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا للنصوص القانونية التي ارتأتها مخالفة للدستور، فليُن عليها في الحالتين أن تتخذ بالمرين:

أولها: أن تكون للنصوص القانونية المقول بمخالفتها للدستور، مؤثرة فسي حل النزاع المعروف عليها. فإذا لم تكن لها به صلة، أو كانت صلتها بالنزاع غير مؤثرة في نتيجته، لم تجز إحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا، أو قبول دفع بعدم الدستورية يتعلق بها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ -قاعدة رقم ١٨- ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء السادس؛ وكذلك القضية رقم ١٢٧ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٨/٣/٧ -قاعدة رقم ٨٣ ص ١١١٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٧/٣/١٥ -قاعدة رقم ٣١ -ص ٤٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

**ثانيهما:** أن يدل ظاهر النصوص المطعون عليها، على أن عوار مخالفتها للدستور قائم بها. وليس ذلك غير تقدير مبدئي لقيام هذا العوار بها *Prima facie* ولا يعتبر بالتالي حكما قطعيا نهائيا أو بانياً بمخالفتها للدستور. وإنما يظل التحقق من قيام هذه المخالفة أو تخلفها بيد المحكمة الدستورية العليا دون غيرها.

ولئن جاز القول بأن التقدير الأولي لعوار اتصال بالنصوص القانونية التي تحكم النزاع، هو مما يدخل في إطار السلطة التقديرية لكل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي؛ وكان من المعلوم كذلك أن مضمينا في نظر النزاع المعروض عليها بعد الطعن في دستورية النصوص القانونية اللازمة للفصل فيه، يفيد ضمنا رفضها للمطاعن الموجهة إلى هذه النصوص<sup>(١)</sup>؛ إلا أن من المقرر كذلك أن دخول الخصومة الدستورية في حوزة المحكمة الدستورية الطرأ بأحد الطريقتين المنصوص عليهما في البندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانونها، مؤداه اتصال هذه الخصومة بها، وامتناع إخراجها من ولايتها، ولو طعن أمام محكمة أعلى في القسرات الصادر بإحالة المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا أو في الترخيص برفعها إليها. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا، ما يأتي:

"إن ولايتها في الرقابة القضائية على النصوص القانونية أساسها المباشر نصوص الدستور. وقد حدد قانون هذه المحكمة -تفويض من الدستور- طرقا ثلاثة لاتصالها بالدعوى الدستورية من بينها الإحالة بحكم محكمة الموضوع بعد وقف الدعوى المطروحة عليها، ولا يعكس للحكم -حال صدوره- صورا نمطية من صور الحكم بوقف الدعوى تطبيقا للمنصوص عليها في قانون المرافعات، والتي يجوز بمقتضاها الطعن فيه على استقلال قبل صدور الحكم المنهى للخصومة الموضوعية بتمامها، ذلك أن أحكام قانون المرافعات لا تسمى -كأصل عام- إلا بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة اختصاص هذه المحكمة بالرقابة على دستورية النصوص التشريعية. ولازم ذلك أن الحكم الصادر من محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية، وإحالة أوراقيها إلى هذه المحكمة للفصل في دستورية نص تشريعي، يتمتع الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون المنظم له، بما مؤداه، أن المحكمة الدستورية العليا، يتحكم

(١) القضية رقم ١ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٧ من ٢٨٩ وما بعدها من

الجزء السابع من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

عليها وجوبا النظر في دستورية هذا النص؛ ولو كان قد أُلغى أمام محكمة الطعن -رغم عدم جواز ذلك- وإلا كانت متعلبة في اختصاص نيط بها، ولرأيت شبهة إنكار العجالة على تسليبها هذا<sup>(١)</sup>.

تلمعا: خصائص الدفوع بعدم دستورية  
النصوص القانونية<sup>(٢)</sup>

٣٥٤- تتصل الدفوع بعدم الدستورية بتحديد القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في نزاع من طبيعة قضائية. وتتفيا لإطراح النصوص القانونية التي يفترض تطبيقها فيه، وذلك من خلال فرض كلمة الدستور في هذا النزاع وتعليقها على ما سواها. وتتسم هذه الدفوع بالخصائص الآتية بيانها:

أولاً: أنها لا تعرض مباشرة على المحكمة الدستورية العليا، وإنما يكون طرحها من خلال محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بما في ذلك محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، لا استثناء من هذه القاعدة إلا في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين ١٦ و ٢٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا، التي تخولها أولاهما: الفصل في شئون أعضائها -الحاليين والسابقين- سواء تعلق الأمر بمرتباتهم أو معاشاتهم أو مكافآتهم التي يستحقونها هم أو ورثتهم وكذلك الفصل في طلباتهم بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم وكذلك طلبات التعويض المترتبة على طلباتهم هذه، وتقتضى ثانيتهما: بسريان هذه الأحكام ذاتها على أعضاء هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا.

وتفصل المحكمة الدستورية العليا في كل ما تقدم بوصفها محكمة موضوع، بما يخول أعضائها الحاليين أو السابقين، وكذلك أعضاء هيئة المفوضين، أن ينازع في دستورية النصوص

(١) القضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ مايو ٢٠٠١- قاعدة رقم ١٠٨ -ص ٩٠٧ وما بعدها من الجزء للتسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٦- ص ٣٩٦ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٣ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٨- ص ٢٧٠ من الجزء الثامن.

القانونية التي تحكم موضوع طلبه، ومواء كان هذا الطلب قائماً على إلغاء قرار صادر في شأنه، أو التعويض عن هذا القرار، أو هما معاً، أو على إجراء تسوية مالية للحقوق التي يدعيها.

ولأن المحكمة الدستورية العليا تعتبر في هذا النطاق محكمة موضوع، فإن الدفع بعدم الدستورية، لا يجوز أن يطرح أمام هيئة المفوضين بها.

ثانياً: أن تقدير المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لجدية دفع بعدم دستورية، ليس فصلاً بقضاء قطعي في المسألة الدستورية التي تعلق الدفع بها. ويعتبر قرار ضمها بقبول الدفع بعدم الدستورية، إرجاء المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي الفصل في النزاع المطروح عليها إلى أن يقدم من أثار الدفع أمامها ما يدل على رفع دعواه الدستورية، وكذلك تعليق حكمها على الفصل في المسائل الدستورية التي اتصل الدفع بها.

ثالثاً: وتستقل المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي أثير الدفع أمامها، بتقدير جدية، ومناطها ما تكل عليه النصوص القانونية المطعون عليها من وجهها، وليس بالنظر إلى أصعاقها، أو بتعبير آخر علي ضوء ظاهر هذه النصوص أو صورتها الخارجية لا حقيقتها الداخلية<sup>(١)</sup>.

رابعاً: وتحدد المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي مهلة للخصم الذي طرح عليها الدفع بعدم الدستورية بما لا يجاوز ثلاثة أشهر يبدأ حسابها من اليوم التالي لتقدير جدية الدفع. ومن ثم تعتبر الأشهر الثلاثة هذه، حداً أقصى لرفع الدعوى الدستورية، فإذا جاوزها الخصم تعين الحكم بعدم قبول دعواه. وإذا جاوزتها محكمة الموضوع نفسها، تعين إلغائهم المدة التي حددتها إلى ما لا يزيد على الأشهر الثلاثة التي تعتبر حداً نهائياً لرفع الخصومة الدستورية.

(١) انظر في ذلك: القضية رقم ١ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢١ - ص ٣٨٩ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٦ - ص ٦٠٢ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "مستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٨ - ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٨٣ - ص ١١٥٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ١٥/٣/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣١ - ص ٤٩٠ من الجزء الثامن.

خامساً: أن الحكم بعدم قبول هذه الخصومة الدستورية لرفعها بعد الأشهر الثلاثة المشار إليها، لا يمنع الخصم من أن يثير من جديد هذا الدفع أمام ذات المحكمة التي أثير الدفع أمامها ابتداءً، إذا كان النزاع لازال مطروحاً عليها، وإلا فأمام المحكمة التي تناولها إذا انتقل النزاع إليها. ذلك أن ميعاد الثلاثة الأشهر ليس من مواعيد السقوط التي لا يجوز وقفها ولا يتعلق انقطاع بها حتى يكفل المشرع جريانها دون عائق إلى أن تكتمل مدتها.

وأية ذلك أن مواعيد السقوط هي التي يحدد المشرع بدليتها ونهايتها وكذلك الواقعة المجرية لها. ولا كذلك الترخيص برفع الدعوى الدستورية خلال ميعاد معين، ذلك أن المحكمة هي التي تحدد بنفسها بداية هذا الميعاد ونهايته، وإن تعين خفض المدة التي حددتها لرفعها إذا زاد مقدارها على ثلاثة أشهر، وبما لا يجاوزها<sup>(١)</sup>.

سادساً: وإذا ما حدد القاضي للخصم ميعاداً لرفع دعواه الدستورية، تعين أن يلتزم الخصم به، فلا يفاضل بين ميعاد حده القاضي وبين مهلة الثلاثة الأشهر التي فرضها المشرع كحد أقصى لرفعها، ليختار أطولهما. وإما عليه أن يتقيد بالمهلة التي حددها القاضي لرفعها، ولو كانت أقل من مهلة الأشهر الثلاثة المشار إليها<sup>(٢)</sup>.

سابعاً: لا يجوز للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن تمنح الخصم الذي أثار الدفع بعدم الدستورية مهلة جديدة تضيفها إلى المهلة القديمة ما لم يكن قرارها بالمهلة الجديدة قد صدر عنها قبل انقضاء الميعاد الأول.

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ - قاعدة رقم ٢٥ - ص ٣٩٠ وما بعدها من الجزء الثامن، وكذلك القضية رقم ٧٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٧/٤/٥ - قاعدة رقم ٥٥٣ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ١٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦١ ص ٩٠١ وما بعدها من الجزء الثامن. ويلاحظ أن أية مهلة تحددها المحكمة للخصم لرفع الدعوى الدستورية لا تسري في حقه إلا إذا كان علمه بها يقيناً.

(أنظر في ذلك القضية رقم ١١ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٩٠ - ص ١٢٣١ من الجزء الثامن).

فإذا صدر قرارها بالمهلة الجديدة بعد انقضاء الميعاد الأول، اعتبر هذا القرار مجرداً من كل أثر<sup>(١)</sup>.

**ثامناً:** يتحدد نطاق الخصومة الدستورية بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذى أثير أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي وفى الحدود التى تقدر فيها جدّيته. ولا تقبل الخصومة الدستورية بالتالى فيما يجاوز نطاق النصوص القانونية المنفوخ بمخالفتها للدستور.

على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن النصوص المطعون عليها لا تعتبر وحدها مطروحة على المحكمة الدستورية العليا فى حالتين:

**أولاهما:** أن ترتبط النصوص القانونية المطعون عليها عقلاً بنصوص أخرى غير مطعون عليها، فلا يكون تضام هذه النصوص إلى بعضها غير تحيز عن تكاملها. وهو ما يتحقق على الأخص إذا كان الفصل فى النصوص المطعون عليها وحدها لا يحقق نتيجة عملية للطاعن. ومن ثم تؤخذ معها وإلى جانبها النصوص القانونية التى تعطى للنصوص المطعون عليها معناها.

ومن ذلك أن لكل جريمة عقوبتها. فإذا طعن خصم فى نصوص التجريم، نعين أن يتحدد نطاق هذا الطعن ليس فقط على ضوء تلك النصوص؛ وإنما بربطها بالعقوبة التى فرضها المشرع على مخالفتها.

**ثانيتهما:** إذا بدأ من مقاصد الطاعن من تجريخ النصوص المنفوخ بعد دستوريته، أنها لن تبلغ غايتها بغير ضم نصوص أخرى إليها<sup>(٢)</sup>.

**تاسعاً:** أن الدفع بعدم الدستورية كان يعتبر فى قضاء متواتر لمحكمة النقض من قبيل الدفوع الموضوعية التى لا تجوز إثارتها لأول مرة أمامها. إلا أن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض أصدرت فى الطعن المقيد بجعلها برقم ٧٧٧ لسنة ٦١ ق

(١) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٦٥ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦١٥ - ص ٩٠٢، ٩٠٣ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٦ - ص ٦٠٣ وما بعدها من الجزء السابع.

هيئة عامة، حكمها في شأن الأثار المترتبة على صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص لاّزم للفصل في الطعون بالنقض المطروحة، وقد خلص قضاؤها في ذلك إلى أن ثمة رأيين يتنازعان هذا الموضوع:

أولهما: ومؤهله أن أثر الحكم بعدم الدستورية لا ينسحب إلى الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبت بموجب حكم نهائي سابق في صدوره على نشر الحكم بعدم الدستورية، ولو أدرك هذا الحكم الأخير النزاع أمام محكمة النقض.

ويقتضي ثانيهما: إعمال أثر ذلك الحكم على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض.

وقد انحاز قضاء الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض في الطعن المشار إليه إلى الاتجاه الثاني تأسيساً على أن قضاء المحكمة الدستورية بعدم الدستورية، يعتبر كاشفاً عن عيب لحق النص منذ نشأته بما ينفي صلاحيته لترتيب أي أثر من تاريخ نفاذ النص. ويتعين بالتالي إعمال كل حكم صدر عن المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون من اليوم التالي لنشر هذا الحكم - على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض، ولو صدر هذا الحكم بعد صدور الحكم المطعون فيه، بحسبان أن تطبيق قضاء المحكمة الدستورية العليا أمر متعلق بالنظام العام تملعه محكمة النقض من تلقاء نفسها.

#### عاشرا: الإحالة المباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا

٣٥٥- قد لا يصير الخصم عوار مخالفة النصوص القانونية التي تحكم النزاع للدستور. فإذا أدركتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي المطروح عليها النزاع، تبين عليها عملاً بالبلد أ من المادة/ ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تحيل مباشرة إليها النصوص القانونية التي ارتأتها مخالفة للدستور، وأن يكون قرارها بإحالة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في صحتها أو بطلانها، قاطعاً باتجاه إرادتها إلى عرضها عليها حتى تقول كلمتها فيها، ومتضمناً ببيان هذه النصوص بصورة تفصيلية، فضلاً عن تحديد أوجه مخالفتها للدستور.

ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي مكلفة والخضوع للقانون، شأنها فسي ذلك شأن الناس جميعهم، وشأن الدولة بكل سلطاتها وأجهزتها. وبقتضيها هذا الخضوع ألا تطبق على النزاع المعروض عليها قاعدة قانونية تتناقض الدستور شكلاً أو مضموناً.

فإذا بان لها من وجهة مبدئية أو أولية أن عيباً اعترأها بما يبطلها لخروجها على الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها أو لمجاوزتها مادة الدستور أو محتواه، فإن عليها أن تحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا، وأن تترص قضاءها فيها، فلا تتصل في النزاع المعروض عليها إلا بعد صدوره<sup>(١)</sup>

٣٥٦- وتعتبر الإحالة منصرفة ليس فقط إلى النصوص القانونية التي عينتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، وإنما كذلك إلى غيرها من النصوص التي ترتبط عقلاً بها وتتضام معها في تحديد الإطار المنطقي للخصومة الدستورية. فضلاً عن النصوص التي بدل هذه المحكمة أو الهيئة على اتجاه إرادتها إلى عرضها على المحكمة الدستورية العليا، ولو لم يشر إليها صراحة.

#### حادي عشر: رخصة للتصدي المخولة للمحكمة الدستورية العليا

٣٥٧- والطريقتان المباينتان لاتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، والمنصوص عليها في البندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانونها، تفترضان تطبق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، بنزاع غير معروض على المحكمة الدستورية العليا. ولا كذلك مباشرة هذه المحكمة لرخصة للتصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها. ذلك أنها تفترض وجود نزاع أمام المحكمة الدستورية العليا نفسها، وأن الفصل فيه يدخل في اختصاصها، وأن القاعدة القانونية التي تحكم هذا النزاع أو التي تؤثر في نتيجته، قد داخلتها في تقدير المحكمة الدستورية العليا شبهة مخالفتها للدستور، فتحيلها إلى هيئة المفوضين بها لتقديم تقريراً برأيها فيها ثم تصدر حكمها بصحتها أو بطلانها بعد إيداع هذا التقرير لديها.

(١) للقضيه رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٥٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٣٥٨- ويقابل نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، حكم البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون. ذلك أن هذه المادة وذلك البند يستهدفان تأكيد مبدأ الخضوع للقانون والدستور في نزاع - حتى لا تطبق أية محكمة في نزاع معروض عليها، غير للنصوص القانونية التي تتصل به وتؤثر في نتيجته، وبشرط اتفاقها مع الدستور. ومن ثم تتكامل للشرعية الدستورية حلقاتها من خلال إعلاء المحاكم جميعها - ولذا كان موقعها - لنصوص الدستور على ما عداها.

٣٥٩- على أن لرخصة التصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا شروطها الخاصة بها، ولتلي شأن لها بشروط تطبيق البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون. ذلك أن الرخصة المخولة للمحكمة الدستورية العليا بنص المادة ٢٧ من قانونها، مقيد أعمالها بالشروط الآتي بيانها:

أولاً: أن يكون ثمة نزاع مطروح أصلاً على المحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها<sup>(١)</sup>. وهذا النزاع هو الخصومة "الأصلية" المطروحة عليها. وليس بشرط أن يتخذ ذلك النزاع شكل خصومة دستورية. ذلك أن الخصومة التي تطرح على المحكمة الدستورية العليا، وتدخل في اختصاصها، قد تكون خصومة تتنازع على الاختصاص، أو خصومة مناهضة للتناقض بين حكيمين قضائيين نهائيين. وتدخل هذه الصور جميعها في مفهوم النزاع المعروض على المحكمة الدستورية العليا في حدود ولايتها. ولا يعتبر طلب تفسير النصوص للقانونية تفسيراً تشريعياً، خصومة قضائية في تطبيق أحكام المادة ٢٧ من قانونها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن تقدر المحكمة الدستورية العليا أن للنزاع الأصلي المعروض عليها صلة بنص قانوني عرض لها بمناسبة نظرها لهذا النزاع؛ وأن هذا النص يبدو من وجهه مخالفاً للدستور.

(١) انظر طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ قضائية - المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١١ يوليو ١٩٨٣ - قاعدة رقم ٥ - س ٢٢٤ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها حيث تقرر المحكمة بأن إحالتها لرخصة التصدي المخولة لها بنص المادة ٢٧ من قانونها، ملوطة بأن يكون للنص الذي يرد عليه التصدي، متصلاً بنزاع معروض عليها. فإذا انتفى النزاع أمامها، لم يعد لرخصة التصدي سند يسوغ إحالتها.

(٢) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ١٠/٢١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - س ٨٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وتتحقق الصلة بين ذلك النص وبين الخصومة الأصلية المطروحة عليها، إذا كان الفصل في دستوريته مؤثراً في محصلاتها النهائية<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: أن تحليل المحكمة الدستورية العليا إلى هيئة المفوضين بها النص المناقض في تقديرها المبدئي للدستور، كى تعد هذه الهيئة تقريرها فيه، لتفصل هذه المحكمة نهائياً بعدد إيداع هذا التقرير لديها، فى صحة أو بطلان ذلك النص.

٣٦٠- وما تقدم مؤداه:

\* أن الخصومة المرفوعة أصلاً إلى المحكمة الدستورية العليا، هى الخصومة الأصلية التى يتعلق موضوعها بالنزاع المطروح عليها ابتداءً.

\* وإلى جواز هذه الخصومة الأصلية، تقوم خصومة فرعية مطها نص قانونى يتصل الفصل فى دستوريته بالخصومة الأصلية أيا كان موضوعها. وهو ما لا يتصل بها إلا إذا كان مؤثراً.

ويبدو بالتالى محل نظر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١٠ لسنة ١ قضائية دستورية<sup>(١)</sup> ذلك أن النص الذى كان مطعوناً عليه فى هذه الخصومة هو نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة الذى حظر على أعضائه الطعن فى القرارات الإدارية النهائية الصادرة بنقلهم أو نديهم. وقد تبين للمحكمة الدستورية العليا أن هذا الحكم مقرر كذلك بنص المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية بالنسبة إلى رجال القضاء العاملين فى المحاكم، فتصدت لهذا النص حتى تفصل فى دستوريته هو نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة بحكم واحد، وفاتها أن التصدى لدستورية نص المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية لن يؤثر على الإطلاق فى النزاع المرفوع إليها أصلاً فى شأن دستورية نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة، وأن هذين النصين وإن كانا متشابهين، إلا أن مجرد تشابههما لا يخولها الفصل فى دستورية نص المادة ٤٨

(٢) للحكم السابق ص ٨٣٤.

(١) صدر هذا الحكم بجلسته ١٦ مايو ١٩٨٤، ونشر فى ص ٥٠ وما بعدها من الجزء الثانى من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

من قانون السلطة القضائية لاجتماع صلتته بالنزاع المعروض عليها أصلاً، وانعدام أثره بالتالى على نتيجة الفصل فى هذا النزاع.

\* أن الصلة بين هاتين الخصومتين لازماً أن تفقد الخصومة الفرعية كل مبرر للفصل فيها إذا لم يعد للخصومة الأصلية من وجود. ذلك أن الخصومة الفرعية أمر عارض على الخصومة الأصلية، تبقى ببقائها وتزول بزوالها. ويتعين بالتالى أن تتوافر فى الخصومة الأصلية شرائط قبولها، وأن تظل مستوفية لها حتى الفصل فى الخصومة الفرعية وبشروط أن تستكمل هيئة المفوضين تحضير هذه الخصومة بأن تقدم رأيها القانونى فى شأن دستورية النص المحال إليها من المحكمة الدستورية العليا، وأن يتم هذا التحضير وفق أحكام المادتين ٣٩ و ٤٠ من قانونها<sup>(١)</sup>.

---

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية دستورية جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٧- ص ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الثانى من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### الفصل الثالث والعشرون

#### الطريق إلى الديمقراطية في مصر والشرعية الدستورية

##### المبحث الأول

##### فرض الديمقراطية

٣٦١- تفترض نظم الحكم الديمقراطية خضوع الدولة للقانون بحكم كونها تابعة لمساعدة  
تعلوها لا تصنعها ولا يجوز أن تخل بها، وإنما تحيط بها وتقيدها بكافة سلطاتها وأجهزتها.

وليس مهما القول بأن الدولة هي تشخيص للجماعة، ولا بأنها تمثل الفروق بين الحاكمين  
والمحكومين الذين يتعاونون معها في إدارة وتسيير مرفقها.

ذلك أن قاعدة القانون التي تعلوها وتقيدها، هي التي تحد كذلك ولجباتها، وكافة مظاهر  
التعبير عن إرادتها. وإذا كان البعض من أنصار النظرية الفردية La doctrine individualiste  
يقول بوجود حقوق طبيعية لا نتقادم، ولا يجوز النزول عنها، وإنما سابقة في وجودها على الدولة  
وتقيدها حركتها؛ وكان آخرون من أنصار مفاهيم التضامن الاجتماعي La conception solidariste،  
يقولون بأن قاعدة القانون الأعلى للفائز في الضمائر، هي التي تقيدها الكافة؛ فإن وجود هذه  
القاعدة -لما كان أساسها- لا يجوز إنكاره.

ولا حاجة بعد ذلك فيما يقرره بعض الفقهاء والفلاسفة الألمان مثل Kant, Hegel, Ihering  
Jellinek من أن القانون من خلق الدولة تصوغ أحكامه بنفسها، فلا يقيدها إلا في الحدود التي  
تقبلها.

ذلك أن آراءهم هذه لا تفضي لغير مفاهيم السلطة المطلقة في الداخل L'absolutisme à l'interieur  
والحق في الغزو والفتح في الخارج La politique de conquête à l'exterieur  
وجميعها مفاهيم تتناقض حقيقة أن القانون بغير القوة عجز مطلق؛ وأن القوة بغير قانون هي

التحكم، وأن القوة التي لا يوجهها القانون وبقيدها هي القوضى<sup>(١)</sup>. وليس افتتاح الدولة بالنسبة إلى السلطة لا تملكها قانونا، غير تفويض لهذه السلطة ذاتها يجوز التمرد عليها وعصيانها.

وإذا قبل بأن مجاوزة الدولة حدود قاعدة القانون التي تطوهرها من يقترن بجزء، لأن عناصر القوة بيدها، ويستحيل أن توجهها ضد نفسها، وبما يناقض مصالحها؛ إلا أن مفاهيم التفرّد بالسلطة وبالقوة التي تقارنها، يتعين أن يوازنها التكوين الداخلي للسلطة السياسية التي تواجه تحكم الدولة L'omnipotence de l'Etat من خلال نظم برلمانية غايتها ضمان حقوق الأفراد وحياتهم في إطار مبدأ الشرعية. Le Principe de légalité. ومؤداه أن مجاوزة السلطة حدود ولايتها، تدل على انحرافها ليس فقط عن تخوم هذه الولاية، وإنما كذلك عن الأغراض التي يفترض أن تستهدفها.

ولم يعد جائزا أن ندير الدولة أوجه نشاطها، ولا أن نشرع لتنظيمها، مطمئنة إلى غفوة الرقابة عليها أو تراخيها. ذلك أن وثائق إعلان الحقوق والدمائير الجامعة تقيد بها وتوجهها. وإلى جانبها السلطة القضائية التي كفل الدستور استقلالها وجديتها لتفصل بضوابطها الموضوعية في كل نزاع من طبيعة قضائية تكون الدولة طرفا فيه. فلا يكون تنفيذ أحكامها غير خضوع مطلق للقانون يستهين بنصوص هذه الوثائق وتلك الدماء، ومعها كذلك المبادئ العامة للقانون، وهي غير منونة بطبيعتها وعريضة في اتساعها. وجميعها من عناصر مبدأ ذي قيمة مطلقة في مجال تطبيقه، هو مبدأ الشرعية<sup>(٢)</sup>؛

وتظل النظم الديمقراطية مختلفة فيما بينها في أشكالها وابعادها، وإن كانت الخطوط التي تجمعها، والركائز الجوهرية التي تقوم عليها، واحدة في مفاهيمها إلى حد القول بأن غيابها في نظم بعضها مؤداه لتفكك الطبيعة الديمقراطية عنها، وتخلفها في جوهر خصائصها. وهذه الخطوط الرئيسية التي تربط النظم الديمقراطية ببعض، هي التي نتناولها في الأفرع الآتية بيانها.

(١) قرر Seydel - وهو أحد فقهاء الألمان - أنه فيما بين الدول، ليس ثمة قانون. ذلك أن القوة هي التي تحكمها وليس ثمة قيمة أخير للقوة.

[مشار إليه في الطبعة الثالثة من الكتاب الثالث للميد دوجي (باريس ١٩٣٠) وعنوانه:

[Traité de Droit Constitutionnel].

(٢) انظر في ذلك:

## المبحث الثاني

### التعددية La pluralisme

٣٦٢- لا ديموقراطية بغير تعددية. ونظم الحكم المدنية في كل أشكالها جوهرها التعددية التي تتناقض الاحتكار والافراد والتمسك والتجبر والازواء. ولا مكان للتعددية بالتالي في نظم تتركز السلطة فيها في يد واحدة تطلقها في كل شأن بتحكيم قبضتها على الحياة في كافة مظاهرها أو في صورها الأكثر أهمية.

وليس للتعددية كذلك من وجود في نظم تحدد بنفسها حقوق الأفراد وحرياتهم في مضمونها ونطاقها وشرائط مباشرتها؛ ولا في نظم لا تقبل من الآراء إلا ما يوافقها ولا يخطئى خطوطا حمراء تعينها؛ ولا في نظم تقبض بيدها على أرزاق مواطنيها بعد تصنيفهم بين مؤيد لها ومعارض لتوجهاتها؛ ولا في نظم تطارد خصومها وتسخر القانون لخدمة مصالحها الضيقة؛ ولا في نظم تقوم على احتكار مصادر الثروة وتقوض بليان القطاع الخاص، ولا في نظم لا تستثير اهتمام المواطنين بها وتحملهم على الازواء بعيداً عنها. ذلك أن التعددية تمثل من الديمقراطية نواتها ونبض قلبها، ومن حقوق للمواطنين وحرياتهم ركيزتها. وهي بذلك قيمة دستورية مطلقة لا يجوز تقييدها، ولا يتصور أن يكون لها وجود في أجواء خالقة تحيط بها. وهي جوهر الديمقراطية لو أساسها le fondement de la démocratie وليس مجرد شرط لتطبيقها<sup>(١)</sup> Une des conditions de la démocratie.

## المطلب الأول

### التعددية مخيل للديموقراطية وضرورة للتقدم

٣٦٣- ويستحيل بالتالي تصور الديمقراطية بغير تعددية تتداح دوائرها لتعرض نفسها على النظم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية جميعها. فلا تجد هذه النظم مكانها ومكانتها بدونها، ولا يفترض وجودها ولا تطورها وفقاً للمستور فيما وراءها.

(١) قضى المجلس الدستوري بقرره الصادر في ١١/١/١٩٩٠ [C.C.8-271 D.C., 11 janv.1990 R.P.21] بأن التعددية بل تنوع الأفكار والآراء أساس الديمقراطية. وكان قد قضى بقرره الصادر في ١٨/٩/١٩٨٦ بأن التعددية أحد شروط الديمقراطية.

ولا يجوز بالتالى النظر إلى التعددية باعتبارها مطلباً مرغوباً فيه فقط، وإنما هي ضرورة مطلقة، وحتمية لا مناص منها كطريق للتقدم. ومن ثم صرح القول بأنها وعاء لكل الآراء، ولكافة القيم فى تولفها وتناحرها، فى تخالفها وتقابلها. وهى كذلك مدخل لحق الإنسان فى أن يعلم، وأن يمتلك بإرادة الاختيار، وأن يفاضل بين بدائل، وأن يحصل على كل معلومة يريد، وأن يقابلها بغيرها، وأن يرصدها فى كافة مواقعها، وأن يطور من ملكاته، وألا تنحصر آفاق مداركه، وأن ينفذ إلى كافة الآراء حتى تلك التى تضيق السلطة بها، وأن يطل عليها بكل الوسائل، وفيما وراء حدوده الإقليمية، وبغير أن يقيد المشرع من تدفقها سواء بتقليص أدولتها أو طرائق نقلها أو وسائل تداولها<sup>(١)</sup>.

٣٦٤- ولا يجوز بالتالى فى إطار التعددية، أن تكون الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام مجرد مرآة لمن يملكونها أو يوجهونها، تعبر عن نواياهم أو عن مصالحهم. فلا تكون أبوابها متاحة لمن يطرقونها، وإنما يصدون عنها، بما يناهض حرية التعبير التى تفرض تعدد قنواتها واتساع دائرة السوق المفتوحة لعرض الآراء من خلالها، وتنوع هذه الآراء واختلافها فيما بينها. فلا يكون احتكار الآراء أو حتى تقييد دائرة تلقيها أو عرضها غير نقيض لحرية التعبير. وهى من صور التعددية التى تتأبى على التخصص، ولا تقبل غير تنوع مجالاتها طولاً وعمقاً. وهى بذلك لا تقتصر على تعدد الآراء من منظور حرية التعبير. ولكن دائرتها الأعرض تواجه كذلك حرية الابتكار والإبداع فى العلوم والفنون على اختلافها، سواء كان التعبير الخلاق موسيقياً أو رمزياً أو بالصورة أو بالمسرح أو بغير ذلك من وسائل الابتكار على ثنائيتها كما كان أدبياً أو فنياً أو صناعياً أو بحثياً- بما يكفل اتساع آفاق العلوم والفنون فى طرائقها وقنواتها وأدواتها وأهدافها.

وتنتقل التعددية من دائرة العلوم والفنون، إلى دائرة التكوين الاجتماعى، فكل جماعة أقليةنا وثقافتها ومصادر تراثها المختلفة. وتكفل التعددية لكل أقلية خصائصها التى تنفرد بها، والحق فى التعبير عن توجهاتها، ومواجهة الأغلبية باحتياجاتها.

(١) يقول المجلس الدستوري الفرنسي بقراره الصادر فى ١٠/٣/١٩٨٨، بأن تعدد الآراء والأفكار فريضة دستورية تمصها التعددية، وأن تنوع الآراء والأفكار هو أساس الديمقراطية.

والمواطنون في الدولة الواحدة قد لا تجمعهم أصول عرقية واحدة بما مؤداه تباين ثقافتهم وتتنوع اهتماماتهم، وحتى تضاد مصالحهم. والتعددية طريقهم إلى التعبير عن ذلك كله في إطار من الحقوق التي كفلها الدستور لكل مواطن.

٣٦٥- والتعددية بذلك فريضة دستورية Une exigence constitutionnelle تناقض انصهار الحياة السياسية في تنظيم حزبي وحيد يتسلط عليها ويوجهها. ذلك أن التعددية الحزبية Multipartisme هي قاعدة النظم السياسية ومحورها. فلا ينقل محيطها على تكوين خاص يرتبط بالسلطة، ويعمل بإمرتها. وإنما تحيط الأحزاب المختلفة بها، لتعارضها وتقوم اعوجاجها، وتَحُل محلها في إطار النظم الديمقراطية التي تفرض تبادل السلطة وانتقالها فيما بين الأحزاب السياسية على ضوء قننها ومكانتها بين المواطنين.

ولا يجوز بالتالي تعليق تأسيسها على ترخيص، ولا منعها من اختيار طرائقها في العمل، ولا تحديد برامجها الأخرى على تحقيق أهدافها، ولا عرقلة نشاطها أو مطاردة أنصارها، أو منعهم من الانضمام إليها أو الخروج منها، أو حرمانها من الالتقاء فيما بين بعضها البعض وصولاً إلى الحكم. وبدون ذلك تكون الحياة السياسية هادمة خطواتها، فقيرة ملامحها بما يحلها قسوة عاجزة ليس لها من فعاليتها وحيويتها وتنوع مصادرها، ما يكفل لها تحقيق تغيير يكون مطلوباً<sup>(١)</sup>.

شأن الحرية السياسية في ذلك شأن حرية الاجتماع التي تكفل بذاتها حق من حضروه فعسى تحديد المسائل التي يناقشونها، وتقرير حلول يرونها فيما يؤرقهم على ضوء مفاضلتهم بين آراء مختلفة وتعمقهم لوجه خطئها أو صوابها. ولا يجوز للسلطة بالتالي أن تترصد لهم لآراء أبنوها، ولا أن تسألهم عنها، ولا أن تمنعهم من حضور اجتماع حتى لا يسهموا فيه بنشاطهم.

(١) وحتى المعونة المالية التي قد تمنحها الدولة للأحزاب السياسية القائمة، وإن كان الدستور لا يمنعها، إلا أن تدخل الدولة بها يكون محظوراً، إذا كان الغرض من صرفها تحقيق نوع من التبعية تسيطر هذه الأحزاب بالدولة، أو لإجهاض التعبير الديمقراطي عن مختلف الآراء والأفكار.

Le mécanisme d'aide retenu ne doit aboutir ni à établir un lien de dépendance d'un parti politique vis-à-vis de l'Etat, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions.

C.C.89 - 271, D.C., 11 Janv. 1990, R.P.21

وشأن مصادرة حرية الاجتماع أو تقييدها بغير مبرر، شأن الإخلال بكافة النظم التي تنتفع منها وتحتل بها. كالنظم النقابية في مستوياتها المختلفة. ذلك أن هذه النظم لا يكون لها من وجود إذا علق المشرع تأسيسها على قرار يصدر عن جهة إدارية أو قضائية. وكذلك إذا منعها من اختيار أدواتها ووسائلها في العمل، أو حد من سلطة التقرير التي تملكها في كل شأن يتعلق بها. فضلا عن أن تعدد النظم القائمة على حق الاجتماع - وحتى تلك التي تتوافق في الخطوط الرئيسية لأهدافها - يكفل تنافسها لتحقيق الخير العام ليس فقط لأعضائها، وإنما كذلك للمواطنين خارج دوائرها.

### المطلب الثاني

#### التعددية قيمة دستورية

وتظل التعددية ليس فقط قيمة دستورية، بل ضرورة عملية يرتبط بها التنوع في مظاهر الحياة على اختلافها، فلا تنسم برتبتها ولا بجمودها.

وتعارض التعددية بوجه خاص احتكار وسائل الإعلام، وتقود حقوق من يملكونها أو يديرونها. وليس لهؤلاء وهؤلاء تحديد نوع الآراء التي تطرح فيها، ولا مصادرة وسائل نقدها، ولا التمييز بين المواطنين في مجال عرضها، ولا تحديد دائرة من يتلقونها أو من يقولون بها. وإنما هي الأفاق المفتوحة تولدها لها، تسعها في كل صورها، وبخض النظر عن مضمونها. ذلك أن وجاهة بعض الآراء أو قبحها، لا تحدد درجة القبول بها. وثراء بعضها في معلوماتها، أو عمق الفائدة التي تعود على المواطنين منها، ليس بشرط لترويجها.

ومرد ذلك أن الآراء لا يجوز تصنيفها إلى آراء مؤثرة بالنظر إلى قيمتها، وآراء عقيمة على ضوء خلفها وضيق أفقها. فالتعددية لا تستقيم خصائصها، بغير رحابتها وتسامحها، وتنوع مجالاتها، وبتراضيتها على التوفيق بين عناصر التنافر، وينزولها على الحقائق.

وهي بذلك عنوان صدق الحملة الانتخابية التي لا يجوز أن يقلص المشروع من دائرة المرشحين الذين يتزاحمون فيها؛ ولا من دائرة الناخبين الذين يفاضلون بينهم؛ ولا أن تخل بحق الأولين في تكافؤ الفرص التي يعرضون من خلالها برامجهم ويقولون الدفاع عنها والترويج لها،

بما يقرّبهم من الناخبين ويحيطهم بكافة الحقائق التي تتعلق بمناقضاتهم، وبأوجه التوافق والتعارض معهم، وبأيهم أجدر بالانفاع عن مصالحهم، وأدنى إلى نفعهم.

كذلك فإن المواطنين الذين تتعلق مصالحهم بمشروع ما، يحثهم للبصر بكافة الحقائق التي تتعلق بكيفية تسييره، وبنواحي القصور فيه، وبمصادر التمويل التي يعلنها وتلك التي يخفيها، وبمصارفها الظاهرة والمستترة، وبقنوتها الموافقة والمخالفة للقانون، وببرامجها في العمل ومراحل تنفيذها، ونطاق سلطاتها وحقيقة أغراضها.

ويفترض ذلك تمكينهم من اللغاذ إلى كل معلومة تتعلق بالمشروع بقدر اتصالها بمراقبيهم لحسن سيره. وتلك صورة من التعددية التي تبسط آفاقها كذلك على تنوع المعاهد التعليمية واختلافها في مناهجها وطرائقها في التعليم ووسائل عرضها، وثراء مستوياتها، وعمق بحوثها بما يوفر فرص المواطنين في المفاضلة بينها، فلا يختارون منها غير ما يوافق ملكاتهم وقدراتهم دون تمييز بينهم مرده إلى لوئهم أو أصلهم<sup>(١)</sup>.

٣٦٦- والتمييز بين المواطنين المتمثلين في المراكز القانونية سواء من خلال الاستبعاد أو التفریق أو التفضيل أو التقييد، يناقض تساويهم أمام القانون، ويوقض حيوية الجماعة التي ينضمون إليها. فلا يتضامنون معها، بل ينقلبون عليها وينمزلون عنها، ولا يتواصلون فيما بينهم على التعاون.

ولن يكون العمل العام بالتالي محصلة جهودهم ولا ناتج خبراتهم، ولا تعبيراً عن وعيهم بمصالح أمته، بل توجهها فريداً تنتشر خطاه، بما يناهض التعددية ويهدم أسسها. كذلك فإن مصلحة المواطنين في إدارة المرافق العامة الحيوية لحسابهم، هي التي تقتضى من الدولة -على الأقل- أن تكون شريكا فيها حتى لا يستغل القطاع الخاص بها ويوجهها منفرداً بشئونها.

(١) C.C.84 - 181 D.C., 10-11 Oct. 1984, R. P. 73.

### المطلب الثالث

#### تطبيقات التعددية بصور نشاط الإنسان على اختلافها

٣٦٧- ويحرص قضاء الشرعية الدستورية على ضمان التعددية في صورها المختلفة بالنظر إلى تعلقها بصور نشاط الإنسان على تباينها، وعلى الأخص ما يرتبط منها بالاختيار الحر في مجال حق الاقتراع والمفاضلة بين الآراء، والموازنة بين الأحزاب، والمقابلة بين العقائد؛ وتحديد ما يمتنع من الأعمال، وما نسلكه من طرائق الحياة، وما نقيمه من أشكال التنظيم الديمقراطي وفق مفاهيمها المعاصرة، وما يقتضيه الدفاع عنها من وسائل تكفل تحقيق أهدافها، ومقاومة كافة الضغوط التي تحد من حركتها. وهو ما يتحقق على الأخص من خلال اللجوء إلى فرائض العقل لتعميق إرادة الاختيار، ولتقرير الطول الملائمة لأوضاع قائمة. فلا تكون الحياة صوتاً واحداً، ولا تعاق آراء جديدة عن الظهور، ولا يسمح كيان أكبر غيره. وإنما تتعاقب التنظيم جميعها من خلال المفاهيم الديمقراطية كطريق وحيد لتعميق إرادة الاختيار، ولتداول السلطة بما ينافي تركيزها في يد واحدة وكأنها ورثتها؛ فلا تكون الحياة موصدة أبوابها ولا توجها منفرداً ولقاعاً وراء جدران مغلقة.

بل حواراً متصلاً ومتداخلاً لا يعتبر فقط مجرد مظهر للتعبير عن المصالح الوطنية، وإنما هو كذلك قاعدة تكوينها<sup>(١)</sup>.

(١) راجع في ذلك قرارات المجلس الدستوري الآتية:

C.C. 81- 129 D.C., 30- 31- Oct 1981, R.p. 35; C.C. 82- 141 D.C., 27 juil. 1983 R.p. 48; C.C. 84- 181 D.C. 10-11 Oct. 1984, R.p. 73; C.C. 86- 210 D.C., 29 juil. 1986. R.p. 110; C.C. 88- 248 D.C. 17 janv. 1989. R.p. 18.

### المبحث الثالث

#### ضرورة النزول على القيم التي تملو الدستور

٣٦٨- لم يكن التعبير القائم اليوم من أن للإنسان حقوقاً لا يجوز التفريط فيها، تجبراً قديماً، فقد كان لجون لوك -وهو أحد الفلاسفة الإنجليز خلال القرن السابع عشر وأحد أهم أنصار القانون الطبيعي- وكذلك لكل من فولتير ومونتسكيو وجان جاك روسو -وهم من فلاسفة فرنسا في القرن الثامن عشر- فضل توكيد كثير من حقوق الإنسان.

ومن ذلك ما قرره لوك ليأن الثورة الإنجليزية لعام ١٦٨٨<sup>(١)</sup> من أن للفرد -ويوصفه كائناً من البشر- حقاً لا يجوز للنزول عنها بالنظر إلى وجودها في إطار الحالة الطبيعية التي كان عليها، والسابقة على دخول الأفراد في تنظيم اجتماعي من طبيعة مدنية. ويندرج في إطار هذه الحقوق، حقهم في الحياة وفي الملكية، وفي التحرر من تدابير القهر التي تتخذها السلطة التحكيمية قبلهم.

ذلك أنهم ما نزلوا للدولة -ومن خلال عقد اجتماعي معها- إلا عن الحق في حماية هذه الحقوق وفرضها على من يخلون بها. ولكنهم لم يتخطوا لها عن أصل تلك الحقوق التي احتفظوا بها لأنفسهم. وهو ما خولهم الحق في مقاومتها وللثورة عليها إذا كان ضمانها لحقوقهم تلك قاصراً أو غير قائم.

وقد انضم إلى لوك آخرون تأثروا بالأفكار القائمة في زمنهم، وانحازوا إلى حكم العقل. فانتقدوا بكل قوة فرائض الدين، والحقائق العلمية التي لا تجوز مناقشتها Scientific Dogmatism والقيود الاجتماعية -الاقتصادية التي تفرضها الدولة على مواطنيها. وأبدلوا ذلك كله بالقيم التي تخص الناس جميعهم في كل عصر، والتي لا يجوز للنزول عنها.

وقد كان لهذه الأفكار أثر كبير في الدول الغربية في نهاية القرن الثامن عشر، واولال للقرن التالي. فقد كانت الثورة الإنجليزية عام ١٦٨٨ وثيقة الحقوق التي أقرتها، ماثلة أمامها ليس فقط كحقيقة تاريخية، وإنما كذلك من منظور نوع الحقوق التي ناضل الثوار الإنجليز لتثبيتها.

(١) تسمى الثورة المجيدة The glorious revolution.

وتبعمهم فى ذلك توماس جيفرسون فى أمريكا الشمالية الذى صاغ وثيقة إعلان الاستقلال بصورة شاعرية وجعارة بليغة<sup>(١)</sup>، متأثراً فى ذلك بجون لوك ومونتسكيو. إذ تقرر هذه الوثيقة أن الحقوق التى تضمنها، واضحة بنفسها، وأن جوهرها أن الله تعالى خلق الناس جميعهم أحراراً، وأن خالقهم منحهم حقوقاً لا يجوز النزول عنها، ويترج تحتها الحق فى الحياة، وفى الحرية، وفى تحقيق سعادتهم.

وحذا المركيز De Lafayette فى فرنسا حذو الثورئين الإنجليزية والأمريكية فيما قررناه من حقوق للناس لا يجوز الإخلال فيها. فقد أصر على أن الناس ولدوا أحراراً متكافئين فى الحقوق، وأنهم يظلون كذلك وكان منطقياً بالتالى أن تردد الحقوق التى كتبتها هاتين الثورئين، أصداها فى إعلان حقوق الرجل والمواطن Declaration of the rights of Man and citizens الصادر فى ١٧٨٩/٨/٢٦.

فقد قرر هذا الإعلان أن لكل رجل حقوقاً لا تتقلد ولا يجوز النزول عنها، وأن حقوقه هذه تتمثل فى الحرية، وفى الملكية، وفى الأمن ومقاومة الطغيان، وأن الحق فى الحرية لا يقتصر على تحرير الإنسان من صور القبض والاحتجاز غير المبرر، وإنما يشمل كذلك حرية تبادل الآراء، والحق فى الاجتماع، وحرية العقيدة.

وهذه الحقوق ذاتها هى التى رددتها بعد ذلك وثيقة إعلان الحقوق الأمريكية المضافة فى عام ١٧٩١ إلى الدستور الأمريكى الصادر فى ١٧٨٧. وهو ما عزز الاقتناع بأن مفاهيم حقوق الإنسان -ربغض النظر عن الاسم المعطى لها- كان لها فى نهاية القرن الثامن عشر -عصر التنوير The Age of enlightenment- وأوائل القرن للتاسع عشر، دور هام فى الفضال ضد السلطة السياسية المطلقة.

وقد نجم هذا التطور بوجه خاص عن إخفاق السلطة السياسية فى ضمان حرية مواطنيها وتساويهم أمام القانون.

(١) وقعت على وثيقة إعلان الاستقلال ثلاثة عشر مستمرة أمريكية وذلك فى ١ يوليو ١٧٧٦.

بيد أن عمق هذا التطور، قابله تطور آخر. ذلك أن الذين قالوا بالحقوق الطبيعية للناس جميعهم، وصفوها بالإطلاق، وبالأبدية، وبدم جواز تغييرها أو تعديلها، أو العسول عنها، أو التفريط فيها.

وهي مفاهيم تتناقض أن كل الحقوق -ويوجه عام- تقبل قراءاً من التقييد، مما عرض الحقوق التي طلبها الناس لأنفسهم كحقوق لا تتبدل، إلى الهجوم عليها من اليمين واليسار وحتى من بعض الفلاسفة ومن بينهم كل من Edmund Burke و David Hume و Jeremy Bentham في إنجلترا. فقد كان تخوفهم من مفاهيم الحقوق الطبيعية، أن تؤكد الجماهير لها مؤد إلى الفوضى؛ وأن تطبيق وثائق إعلان هذه الحقوق كبديل عن القوانين الفعالة التي يضعها البرلمان، يعطل دوره؛ وأن مساواتها بين الناس جميعهم على ما بينهم من صور التباين، يجعلهم يتوقعون ما لن يتحقق يوماً؛ وأن كل الحقوق مردها إلى القوانين القائمة. وهي قوانين، واقعية لا تخيلية، كذلك التي تقوم على مفاهيم القانون الطبيعي التي لا تعدو الحقوق التي أنتجتها، أن تكون حقاً تصورية.

وكان من شأن الهجوم على القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية، أن قرر فقهاء مثل Kant و Von Savigny من ألمانيا، وسير Henry Maine من إنجلترا، أن الحقوق جميعها هي نتاج بيئتها المتغيرة ظروفها؛ وأنها تتحد بالتالي على ضوء أوضاع مجتمعاتها؛ وأن الحقيقة الوحيدة التي يمكن القبول بها، هي التي يقوم الدليل عليها من الخبرة العملية.

ولم يعد مقبولاً منذ الحرب العالمية الأولى للدفاع عن حقوق الإنسان كحقوق طبيعية، وإن كان من المسلم أن لهذه الحقوق وجوداً يخصها؛ وأن ظهورها في شكل أو آخر؛ وكذلك تنوعها وتعدد صورها -التي يندرج تحتها إلغاء الرق، وتقرير الحق في التعليم العام، وتكوين للنظم النقابية- لخبر دليل على أن هذه الحقوق لا تزال قائمة حتى بعد ألغول أصل اشتقاقها من القانون الطبيعي. ولم تتحول تلك الحقوق إلى حقيقة واقعة إلا بعد ظهور النازية وسقوطها.

ولئن كان القبول العام اليوم بحقوق الإنسان في النظامين الداخلي والدولي، لم يعد محل نزاع جاد، إلا أن طبيعة ونطاق هذه الحقوق، لازال مختلفاً عليها. ومعها يدور الجدل حول ما إذا كان يجوز النظر إلى حقوق الإنسان كحقوق إلهية المصدر، أم كحقوق خلقية أو قانونية أم كحقوق مصدرها عقد اجتماعي، أم كحقوق قام الدليل عليها مما اعتاده الناس وسلوكه فسي أعرافهم، أم كحقوق مردها إلى العدالة التوزيعية، أم كحقوق يلهمها معنى الناس إلى المعادة وطلبهم لها.

ولازال الجدل دائراً كذلك حول جواز نقض هذه الحقوق أو امتناع الرجوع فيها، وما كان ضمان لتماحها يقتضى إطلاقها، أم أن تقييدها في عددها ومضمونها أصل يحكمها.

ولما كان الأمر، فإن الوظيفة الحالية لحقوق الإنسان، لم تعد تتمثل في كونها مجرد ضمان لشرعية: لم الحكم في دولة ما، وإنما كذلك في تثبيتها المعايير الدولية لهذه الحقوق وتنفيرها.

كذلك ليس ثمة انفصال تام بين المفاهيم المعاصرة لحقوق الإنسان، والنظرية التقليدية لهما كحقوق طبيعية لا يجوز للنزول عنها، وإنما تتواصل هذه المفاهيم وتلك النظرية، وذلك من زاوية متعددة أبعادها:

أولاً: أن مفاهيم الحقوق الطبيعية غايتها ضمان قائمة الحقوق التي يطلبها الناس جميعهم ويرغبون في تحقيقها بصورة شاملة. وهذه المفاهيم ذاتها هي التي ورثها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حين صاغ أطول قائمة لهذه الحقوق تتمثل في ثلاثين حقاً.

ثانياً: أن مفاهيم الحقوق الطبيعية تربط بين هذه الحقوق والناس في مجموعهم بوصفهم بشرأ يمكنون إرادة الاختيار ويتكافون في الحقوق التي يتمتعون بها. وهذه الصلة بين الحقوق الطبيعية والإنسان، هي التي تغير بها وصفها من حقوق طبيعية إلى حقوق إنسانية.

ثالثاً: أن من أبرز خصائص الحقوق الطبيعية هو تأكيدها من الاقتناع العام بأن هذه الحقوق لا يملكها غير الأشخاص الذين يحوزون إرادة الاختيار التي تؤكد استقلالهم بذاتيتهم وذاتيتهم هذه هي منطقة الحماية في المفاهيم المعاصرة لحقوق الإنسان بما يحول دون تدخل السلطة فيها بوسائل القهر التي تملكها.

فإدراج وثائق حقوق الإنسان في صلبها للحق في الحياة مثلاً، لم يكن بقصد ضمان رعايته صحياً، ولا بقصد تطوير الأوضاع التي يعايشها بما يجعل يثبتها أكثر أمناً، وإنما تقرر ضمان الحق في الحياة، بقاعدة قانونية غايتها ردع أشكال القوة والتحكم الموجهة إلى الفرد. ولم يكن ضمان الحرية يحيل كذلك إلى سياسة يتعين انتهاجها بقصد توفير فرص التعليم الأفضل والأعمق، وإنما صار هذا الضمان كافلاً لحماية الأفراد في مواجهة القبيض والاحتجاز غير المبرر.

ولم تعد حقوق الأفراد المدنية والسياسية بالتالى غير حقوق سلبية تتوخى حماية الأفراد من صور العدوان على الدائرة التى يصونون فى محيطها خواص حياتهم، ويطمعون فى نطاقها إلى حرماتهم، ويكتفون من خلالها استقلالهم وذاتيتهم. ولا يجوز وصفها بالتالى كحقوق يملكها الأفراد ليكتفوا من خلالها - بصورة إيجابية - الأغراض التى يطمعون فى تحقيقها.

رابعاً: أن الحقوق الطبيعية - كما يدل على ذلك وصفها - مصدرها الطبيعة، ومنهها نظامها، وهى بالتالى حقوق لا تنازع، ولا تتقيد بزمان أو مكان، على تقدير أن وضوحها لا يحتاج إلى بيان، وأن طبيعتها الشاملة تتأبى على ربطها بالأوضاع القائمة فى بلد ما، أو بنوع الطبقة الحاكمة فيها. والطبيعة الشمولية للحقوق الطبيعية هى ذاتها الطبيعة العالمية لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>

• • •

تلك هى الصلة بين المفاهيم المعاصرة للطبيعة العالمية لحقوق الإنسان، وبين المفاهيم التقليدية للحقوق الطبيعية. فإذا انتقلنا من التصور المجرد لهذه الحقوق، إلى تطبيقاتها فى الدول المعاصرة، نعين القول بأن نصوص الدستور، وإن كانت تعتبر - فى الأصل - مرجعاً نهائياً للفصل فى دستورية القوانين، إلا أن هذه النصوص قد تصادم قيماً إنسانية يستحيل التفریط فيها. وهى قيم يفترض أن يعمل الدستور على ضمانها، لا أن يقرر هدمها. فإذا نقض بنص فيه ما كان من هذه القيم جوهرياً، فإن تقرير بطلان هذا النص، يكون واجباً.

( ١ ) Henry j. Steiner and Philip Astson, International Human Rights in Context, 1996, p.p. 167- 172.

### المبحث الرابع

#### الحق في الحرية والمساواة كقيمتين تطوان الدستور

٣٦٩- أول هذه القيم، أن الله تعالى خلق الناس جميعهم أحراراً، ولدتهم أمهاتهم كذلك، فلا يستعبدون أو يمتازون فيما بينهم بناء على أعراقهم أو ألوانهم أو مكانتهم الاجتماعية أو غير ذلك من العوامل التي لا صلة لها بأديتهم. والتي تظل بحقهم في العدل والحرية وفي التضامن والسلام الاجتماعيين.

فلم يكن الناس في بدء نشأتهم مستعبدين، وإنما كانوا يحملون من أجل ضمان قوتهم، لا يؤرقون غير صراعهم مع الطبيعة وكوسرها.

وكانوا يسخرون أدواتهم البدائية لخدمتهم، ولا يعرفون غير القنص أسلوباً للحياة. ولم يكن شمة تمييز بينهم يقوم على عوامل لا شأن لها بالحالة الفطرية التي وجدوا أنفسهم عليها، ولا بالأوضاع التي يعيشونها، وإنما كان لبقاء لأقوامهم وأحوطهم.

وما أن قبل الناس الانخراط في تكوين مدنى يضمهم، حتى ظهر تفاوتهم في ثرواتهم، وفي عناصر القوة التي يملكونها، وفي الأفكار التي يؤمنون بها، ومظاهر التفوق التي يدعونها، ونطاق الحقوق التي يطالبونها، والأمال التي يرجونها والوسائل التي يصطفونها لتحقيقها. وازداد بعضهم ثراء وقوة، وارتد آخرون على أعقابهم يحملون ضعفهم معهم.

وقام استثمار الثروة على الاستغلال، وظهر للتمييز بين العمال وأربابهم؛ بين الفقراء والموسرين؛ بين من يلوذون بالقوة ويتحكمون فيها؛ ومن يفرون منها خوفاً من بطشها؛ بين الذين يؤمنون بعقيدة تعبلها الناس في غلبتهم، والذين يظاهرون عقيدة يرفضونها أو على الأقل لا يعملون إليها.

وكان ذلك مدخلاً إلى صور من التمييز بين البشر تنافى أصل تساويهم في آدميتهم وحریتهم، كالتمييز بين الرجل والمرأة قانوناً في الحقوق<sup>(١)</sup>؛ وبين القادرين والعاجزين؛ وبين الأدماء

(١) تحقق هذا التمييز على الأخص في مجال حق الاقتراع، وفي نطاق اجر وفرص العمل.

والأنكباء؛ وبين المعارضين والمؤيدين لاتجاه عام؛ وبين الذين يملكون والفقراء؛ وبين الأكميسن  
توطنا والمحدثين؛ وبين الذين يُحْكَمُونَ والذين يُحْكَمُونَ؛ وبين المعتكلين والمتطرفين.

ولم يكن إمداد مبدأ المساواة بين المتماثلين، غير إخلال بحقهم في حياة يؤمنها العدل  
ويسودها السلام الاجتماعى، وإنكار للحق في صون كرامتهم من ضرر العدوان عليها، وهى أصل  
لحقوقهم جميعها. فلا يؤخذون بغير جريرة ارتكبوها، ولا يغمطون حقاً ثابتاً لهم؛ ولا تقيد حريتهم  
للشخصية دون مقتضى؛ ولا يحذرون أو تمتن أمتيتهم؛ ولا يكرهون على فعل أو قول؛ ولا يصبون  
فى أشكال جامدة لا يريمون عنها؛ ولا يفصحون عما يريدون إخفاءه؛ ولا يقهرون بغيا؛ ولا  
يحملون على ما يهينون؛ ولا يساقون إلى أعمال لا يرضونها؛ ولا يعاقبون عن أفعال كانوا غير  
منظرين بها؛ ولا تتخط إنسانيتهم من خلال عقوبة تنافى قسوتها موازين الاعتدال، أو تكون  
بطبيعتها مجافية لأمتيتهم بما يمسى إلى كرامتهم.

### المبحث الخامس

#### كرامة الإنسان كقيمة عليا بوصفها أصل لكل حقوقه وحرياته

٣٧٠- يفترض في الدساتير جميعها، أن تصون للناس كرامتهم أيًا كان قدر الفوارق التي تفصل بينهم. وكرامتهم هذه هي التي تتفرع عنها كذلك حريتهم في التعبير عن الآراء التي يرون صوابها؛ وفي إعلانها ومناقشتها من خلال حق الاجتماع؛ وعن طريق النفاذ إلى وسائل الإعلام؛ والانضمام إلى آخرين للدفاع عن قضايا بذواتها وإقناع الآخرين بها.

واحتفظ كل إنسان حتى بعد دخوله في تنظيم اجتماعي، بالحقوق الجوهرية التي لا يفصل وجوده عنها، كالحق في الحياة بغير قيود عليها تعطّلها في غير ضرورة؛ وفي أن تقرض براءته من التهمة الجنائية ما لم يكن قد أدّين عنها بحكم قضائي صار باتاً؛ وكالمنظر إلى مسؤوليته عن الجريمة باعتبار أن مناطها أفعالاً أتاها؛ وأن العقوبة التي يفرضها المشرع لا يجوز أن تتعلق إلا بجريمة ارتكبها؛ وأن حريته للشخصية هي إرادة الاختيار؛ وجوهرها الدخول في العقود التي لم يمنعه المشرع؛ واختياره من يتزوجها؛ وأنماط التنظيم التي يتلقاها؛ وفرص العمل التي يميل إليها؛ وأشكال التضامن الاجتماعي التي يفضلها فيما وراء الدائرة التي يحددها المشرع؛ وأن يكون لشخصيته ذاتيتها، وللحقوق التي يطالبها موجباتها وفرائضها؛ ولخواص الحياة التي اختارها حرمتها، فلا تقحمها وسائل علمية ترقّحها بأذنانها وتحيلها نهبا لأعينها بما يحيط بدخائلها. وصار منطقياً أن تكون كرامة الإنسان قاعدة لكل حقوقه وحرياته الأساسية، وأصلاً يقوّد كل تنظيم يتناولها. وصار مفهوماً كذلك أن ينظر إلى الحقوق الرئيسية لكل فرد بما لا يجيز النزول عنها، أو التفریط فيها؛ وبما لا يخلو المطلقة أيًا كان بأسها، حق منعها أو منحها.

ذلك أن اتصالها بخصائص الإنسان التي فطر عليها منذ خلق، يناقض تقادماً، ولا يجيز أن يخرجها المشرع عن أصل وضعها، ولا أن ينزع أمنيته التي لا يستقيم وجوده بخيائها<sup>(١)</sup>.

(١) ولا كذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي تكفلها الدولة وفق إمكاناتها كالحق في التأمين الاجتماعي، وفي الرعاية الصحية، وفي ضمان الرخاء، إذ لا شأن لهذه الحقوق بخصائص بني البشر، ولا يُكثّر بالتالي نافذة بذاتها، وليس لها من عناصرها ما يفرضها على المشرع قبل توافر فرص تمويلها.

### المبحث السادس

#### حق الملكية كقيمة عليا

٣٧١- هذا الحق -ومن منظور المفاهيم المعاصرة- وثيق الصلة بالحق في العمل، وبإرادة الحياة، وبضرورة أن تتوفر لكل إنسان الوسائل الملائمة للعيش. وهو كذلك مدخل إلى التنمية، والطريق الأكثر فعالية لتحقيق أسبابها ونتائجها؛ ولازدهار الجماعة وضمان تقدمها.

ذلك أن الملكية -ويقدر تعدد مصادرها، وتعاظم روافدها- توفر لاقتصاد الدولة قاعدة تراكمية يستمد منها مصادر قوته. ولم يعد جائزاً في المفاهيم المعاصرة للملكية، نقض الحق فيها، ولا تجريدها من لوازمها، أو الإخلال بمقوماتها؛ أو تقييد الحقوق التي تنفرع عنها في ضرورة تقتضيها الوظيفة الاجتماعية للملكية.

ولا شبهة في أن استئثار الناس بما يملكون، كان لفطرة التي جبلوا عليها. فالناس منذ خلقهم يتقاضون. ويملكون أغنامهم وإبلهم ومواشيهم، ويعتمدون عليها في معاشهم. وإلى جانبها أدواتهم في الصيد. والقتال، وأكوامهم التي يغيثون إليها ويقيمونها بأيديهم، ومراعيهم التي يستقلون بحيزها، ويرتحلون من أجل طلبها. ولهم كذلك أراضيهم التي يحتجزونها بالخربة والقوة، والتي زرعوها استقلالاً بها. وحتى زوجاتهم في العصور القديمة ملكوها بأموال يدفعونها إلى آبائهم، وصار لهم عبيد بمنطق القوة، وسبايا من غزواتهم، وكان حرصهم على الدفاع من أجل ملكيتهم، ضارياً.

ولم تعد الملكية غير وعاء للثروة، وسياج يؤمن أصحابها من العوز. وهم اليوم مستخلفون في أموالهم بإذن من الله تعالى، فلا يبدونها لهواً أو ترفاً، فإذا قتل منهم أحد في سبيلها فهو شهيد. وحتى بعد تحرير الأرقاء من عبيديهم، والأزواج من ربة تملكهم، والسبايا من أغلال أسرهم، ظل ثابتاً أن الملكية -وقدما هو مشروع من مصادرها- لا يجوز اعتصامها؛ ولا مصادرتها، ولا تجريدها عملاً من المزايا التي تظنها.

### المبحث السابع

#### تقديم عام للقيم التي تنطو الدساتير

٣٧٢- تلك هي القيم الأساسية التي ترتبط بها الإنسان وأهميته، وجُسِبل بالنفطرة على إعانتها، فلا يجوز أن يخل الدستور بها، ولا أن يسقطها، ولو من خلال التفرع بشأن للدستور مرتبة تقدم أحكامه على النصوص القانونية الأدنى منها في درجتها؛ ولا بالقول بأن سيادة الدستور تفيد بالضرورة، تصدره للنظم القانونية جميعها الاجتماعية والثقافية والسياسية، وتبوءه بالتالي مكانة لا ترقى إليها أية قيم غير التي احتضنها.

ذلك أن المفترض في الدساتير جميعها أنها لا تناهض القيم التي تولد العمل في الدول الديمقراطية على تبنيها، كأغراض نهائية تنظمها نظمها على اختلافها.

ولا يجوز بالتالي إهدار هذه القيم من خلال نصوص في الدستور تمليها السلطة المنفردة ببسطها وانحرافها؛ ولا أن تبطل من خلالها، نزواتها العدولية، ومقاييسها في الخير والشر، ونزوعها إلى التسلط. حتى لا يكون الدستور حصاد قيمها الشخصية، ومراء تهورها وانذاعها، وأداة توحشها حتى في تمردها على الحقوق الطبيعية التي كفلتها المواثيق الدولية للناس جميعهم بوصفهم بشرا يختلفون عن كل كائن آخر، ليس فقط في أن لهم عقولا يدركون بها، وإنما كذلك في طبائعهم وإنسانياتهم.

ولو جاز للدول أن تقيم الدساتير الوطنية وفق أهولها، وأن تفرض عليها طرائقها في ضمان الحقوق وتنظيمها، لارتبط وجود الحقوق جميعها- ولما كان قدر أهميتها- بنصوص الدستور التي تقيمها الموازين الشخصية للسلطة التي أحدثتها، حال أن للدول تتدخل مصالحها، وتجمعها أسرة دولية لها أعرافها ومعاييرها في تقرير الحقوق وضبطها، وعلى الأخص الأساسية منها.

وهي تكفل للناس جميعهم- ومن خلال أعرافها واتفاقاتها الدولية- ركائز آدميتهم، وحرمة خواص حياتهم، وضوابط صون ملكيتهم، وتساويهم أمام القانون في حقوقهم وواجباتهم، ليظهر الدستور في النهاية باعتباره كافلا للأفراد تلك القيم التي لا حياة لهم بدونها كقيم العدل والحرية والتضامن والسلام الاجتماعيين. وهي القيم ترسي خصالص بشريتهم، وتصدر عنها حقوقهم

وحرياتهم، لتطو الدستور في مدارج حمايتها. فإذا نقضها، تعين ترجيح القيم التي تطو وتغلبها على أحكامه.

وفي ذلك تقول الغرفة الثانية للمحكمة الدستورية لألمانيا، بأن كل نص متفرد في الدستور لا يجوز أن اعتباره منعزلاً عن غيره ولا أن يفسر مستقلاً عن سواه. ذلك أن لكل دستور وحدة داخلية لازمة تربط أحكامه فيما بينها.

وتتلور هذه الوحدة الداخلية بعض المبادئ البعيدة في مداها Overreaching principles والتي تصل أهميتها إلى حد خضوع نصوص الدستور لها.

والفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسي لألمانيا - وهو دستورها - ترشح بوضوح لهذا المعنى، وذلك بنصها على أن الحقوق التي كفلتها المواد من ١ إلى ٢٠ من هذا القانون - لا يجوز تعديلها. ومن ثم توافق هذه المحكمة على قضاء المحكمة الدستورية في باقارباً من أن وجود نص في الدستور وإدراجه ضمن أحكامه باعتباره جزءاً منها، لا يجعل إبطال هذا النص تصوراً مستحيلاً. ذلك أن ثمة مبادئ دستورية لها من أهميتها الحيوية، ومن كونها تعبيراً عن حكم القانون، ما يقدمها على نصوص الدستور ذاتها، ويفرضها كذلك على الهيئة العليا التي تؤسس أحكامه. فإذا خالفها نص في الدستور لا يرقى إلى منزلتها، جاز إبطاله وتجريده من كل أثر<sup>(١)</sup>.

An individual constitutional provision cannot be considered as an isolated clause and interpreted alone. A constitution has an inner unity, and the meaning of any one part is linked to that of other provision. Taken as a unit, a constitution reflects certain overarching principles and fundamental decisions to which individual provisions are subordinate. Article 79 (3) makes it clear that the basic Law makes this assumption. Thus this Court agrees with the statement of the Bavarian Constitutional Court : " That a constitutional provision itself may be null and void, is not conceptually impossible just because it is a part of the Constitution.

There are constitutional principles that are so fundamental and so much an expression of a law that has precedence even over the Constitution that they also bind the framers of the Constitution, and other constitutional provisions that do not rank so high maybe null and void because they contravene these principles.

(<sup>١</sup>)Donald P. Kommars, The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p.63

وقد يبدو تعبير "القيم الأعلى من الدستور" مرنا مشوبا بالغموض، شأن هذا التعبير شأن عبارة "روح الدستور" التي كثيرا ما يلجأ الفقهاء والقضاة لها لتقرير حقوق خلا الدستور منها؛ أو لإعطاء الحقوق التي نص عليها، مفاهيم مختلفة عن تلك التي تصورها.

٣٧٦- وسواء نطق الأمر بالقيم الأعلى من الدستور، أو بروح الدستور، فإن البعض يتوجس خيفة من هذين التعبيرين، وينظر إليهما باعتبارهما موطئا لفرطحة نصوص الدستور، أو لتحريفها من خلال تأويلها، أو لتعديلها عن طريق إحداث حقوق جديدة غير التي كفلتها.

إلا أن ما نراه، هو أن عبارة "القيم الأعلى من الدستور" لا يعيبها مرونتها واتساعها. ذلك أن المشرع كثيرا ما يصوغ بعض النصوص القانونية بما يكفل مرونتها لضمان اتساعها لأوضاع مختلفة تتباين ظروفها<sup>(١)</sup>.

كذلك لا ينال من عبارة "القيم الأعلى للدستور" إمكان تعدد تأويلاتها. ذلك أن حدها تلبوره الأغراض النهائية المتوخاة من هذه القيم، والتي لا تزيد على ضمان حقوق الفرد وحرياته الأساسية.

ومن ثم تعكس هذه الأغراض الحدود الخارجية للقيم التي تملو الدستور، فلا تكون غير تخومها التي لا يجوز تخطيها، لتقيّد من اتساعها؛ ولتقرّد تطبيقاتها إلى ضوابط منطقية يلتزمها قضاة الشرعية الدستورية، فلا يتحولون عنها.

وعليهم بالتالي إرجاع نصوص الدستور إلى هذه القيم العليا لتفرض كلمتها على المفاهيم التي تصدر على ضوئها نصوص الدستور. فلا يكون ردها إلى القيم التي تملوها، غير تطوير لبنيانها.

فإذا بان لقضاة الشرعية الدستورية استعصاء تأويل نصوص الدستور بما يقربها من القيم التي تملوها، لم يعد أمامهم غير الاحتكام إلى الطبيعة الديمقراطية. لنظام الحكم، وإلى مبدأ

(١) من ذلك ما نص عليه القانون المدني من جواز إبطال العقد إذا استغل أحد المتعاقدين في المتعاقدين الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا. فهذا المعيار المرن يتسع لمختلف الظروف الواقعية، وتتحدد تطبيقه على ضوء مقاييس كل عصر لضوابط الاستغلال في إطار المعيار العام والمرن الذي تبناه القانون المدني.

الخضوع للقانون وفق الضوابط التي لترمتها الدول الديمقراطية، سواء في مجال الحقوق التي أقرتها، أو على صعيد القيود على ممارستها التي تتوافق عليها الدول الديمقراطية في مباشرتها لوظائفها.

وقد كان هذا الاتجاه ماثلاً في ذهن المحكمة الدستورية العليا عند فصلها في نطاق نص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ التي حظرت الطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ١١/٨/١٩٥٣ بمصادرة أموال أسرة محمد وممتلكاتها، وكذلك مصادرة ما يكون قد انتقل من أفرادها إلى غيرهم عن طريق الوراثة أو المصاهرة أو القرابة.

فقد جرى قضاء المحكمة العليا في شأن الحصانة المقررة بنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦، على أنها حصانة نهائية لا رجوع فيها لتعلقها بتدابير من طبيعة استثنائية اتخذتها ثورة ٢٣ يوليو لضمان تحقيق أهدافها. فضلاً عن أن نص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ وإن لم يتردد في المساطر اللاحقة عليه، فذلك لاستنفاد الحصانة التي قررتها هذه المادة لأغراضها، فلا يكون لتكرار النص عليها، من فائدة<sup>(١)</sup>.

وإضافة لنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦، صدر القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن أموال أسرة محمد على المصادرة، متوخياً منع المحاكم جميعها من سماع أية دعوى تتعلق بالأموال التي صادرها مجلس قيادة الثورة، بما في ذلك ما يكون منظوراً من دعاوى أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون، ولو لم يكن الأشخاص المصادرة أموالهم، خصوماً فيها.

(١) محكمة عليا - القضية رقم ٣ لسنة ٥ قضائية عليا دستورية جلسة أول فبراير ١٩٧٥ - ص ١٩١ من القسم الأول من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية من ١٩٧٠ حتى نوفمبر ١٩٧٦. هذا وتنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ على ما يأتي: "جميع القرارات التي صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التي تتصل بها وصدرت مكملة أو منفذة لها. وكذلك كل ما صدر عن الهيئات التي أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات وأحكام. وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التي صدرت من هذه الهيئات أو من أية هيئة أخرى من الهيئات التي أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم، لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأي وجه وأمام أية هيئة كانت".

وإذ طعن بعدم دستورية الأحكام المتقدم ببيانها أمام المحكمة الدستورية العليا، فقد صار عليها أن تخوض في نطاق هذه الحصانة. ولم ينشأ نص المادة ١٩١ من الدستور ١٩٥٦ عن حصر مجال تطبيقها في أضيق الحدود، وذلك تأسيساً منها على ما يأتي<sup>(١)</sup>:

أولاً: أن كل حصانة يضيفها الدستور على تدابير بذواتها بما يحول دون إلغائها أو التعويض عنها، ينبغي أن يتخذ مجراها بما يرتبط عقلاً بالأغراض التي توختها، وأن ينظر إليها على ضوء طبيعتها الاستثنائية، وبمراعاة أن الأصل في نصوص الدستور أنها تتكامل فيما بينها.

ثانياً: أن المصادرة التي قررها الدستور في شأن أموال أسرة محمد على وممتلكاتها، تجب موازنتها بحقوق الملكية التي كفلها، والتي ينظر إليها عادة بوصفها أحد العناصر المبدئية لصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بنائها إلا إذا تحرر اقتصادياً من يطلبون هذه الحقوق؛ وكان بوسعهم الاستقلال بشئونهم والسيطرة عليها *A self-governing life*.

ثالثاً: أن أموال أسرة محمد على وممتلكاتها التي صادرها قرار مجلس قيادة الثورة، لا تتماثل على أصحابها -في الأعم من الأحوال- دون جهد يبذل من جانبهم. ولكنها الأعمال التي باسروها -سواء في مجال تكوينها أو إيمانها- هي التي ألتجتها، فلا يكون تجريدهم منها -بدون حق، إلا عدواناً جديماً عليها.

رابعاً: أن المصادرة التي قررها دستور ١٩٥٦ -والتي لم تلغها الدساتير التي تلتها- على ما قرره المحكمة العليا- لا شأن لها بأموال تملكها أشخاص من غير أفراد أسرة محمد علي؛ ولا بأموال جمعها أحد أفرادها عن غير طريقها، سواء يكسبهم لها قبل انضمامهم إلى هذه الأسرة، أو بتكوينها من خلال أعمال قانونية دخلوا فيها بعد انضمامهم إليها، ولم يكن لهذه الأسرة من شأن بها.

خامساً: أن المصادرة التي صدر بها قرار مجلس قيادة الثورة، لا يجوز أن تشمل غير الأموال التي انتهبت هذه الأسرة في مصر، إذا قام الدليل على اغتصابها لها. ذلك أن آثار المصادرة لا يجوز أن تكون نطاقاً بأفراد هذه الأسرة لتحيط بأموالهم جميعاً، فلا يبقى بعد ذلك لهم

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" - قاعدة رقم ٦٢ جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - ص ٩١٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

من شيء يعولون عليه معاشهم. وإنما يتعين أن يكون لهذه الحصانة نطاقها في إطار علاقة منطقية تصلها عقلاً بأهدافها. فلا يكون تسليطها على هذه الأسرة ثاقباً لوجودها، ولا مبدداً حقها في الحياة، ولا معطلا جريان حقوق لا صلة لها بأموال انتهبتها<sup>(١)</sup>.

• • •

٣٧٤- تلك هي الدعائم التي قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية المشار إليها.

وظاهر منها أن تعطيل نص في الدستور لحقوق الملكية فيما هو مشروع من مصادرها، بما يجرّد أصحابها منها بغير حق، ويعامل أموالهم التي انتهبوا وفق القواعد ذاتها التي تحكم أموالهم التي تلقوها بعرقهم وجهدهم، مؤداة حرمانهم من الحق في الحياة الملائمة بما ينالض القيم للنسب تملو الدستور والتي يندرج تحتيها حماية الملكية الخاصة؛ ونتائج العمل؛ وكذلك الحق في الحياة.

وفضلاً عما تقدم، فلنّ ما تقرره بعض الدساتير من عدم جواز تعديل بعض الحقوق المنصوص عليها فيها، مؤداة أن النصوص التي تكفل هذه الحقوق، يتعين أن تبقى على حالها بالنظر إلى احتوائها على القيم وأرفعها. وتأتي كرامة الفرد في مقدمة هذه القيم، ومنها تنفرع كل حقوق الإنسان كأساس للحرية، وكضمان للسلام وحقائق للعدل<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة ٧٩ من القانون الأساسي الألماني -الدستور- التي تنص بأن تعديل نصوص هذا القانون فيما يتعلق بتقسيم الاتحاد إلى مقاطعات Landar، وإسهام هذه المقاطعات في العملية التشريعية؛ وكذلك تعديل حقوق الإنسان المنصوص عليها في المواد من واحد إلى عشرين من ذلك القانون الأساسي، يكون محظوراً.

### المبحث الثامن

#### ضمان تكوين هيئة الناخبين وفقاً للمستور

٣٧٥- ليس حق الاقتراع غير تعبير عن حق المواطن في أن يتكلم، وصورة من صور حرية التعبير التي تقوم في جوهرها على تبادل الآراء ومقابلتها ببعض، ثم تقييمها إما كان مضمون هذه الآراء أو طريقة عرضها، أو مصدرها أو صفة القائلين بها؛ وبغض النظر عن أشخاص من يلتقونها.

وحرية التعبير بذلك مدخل لضمان الحرية الفردية: حرية الفرد في أن يقول ما يراه حقاً، وأن يعرض على آخرين، الآراء التي يقدر صوابها أو ضرورة إعلانها ولو عارضوه فيها، وأن ينتقد كذلك توجهاتهم إما كان مضمونها.

وقد تصادم هذه الحرية السلطة في ركائز سياستها وجوهر اختياراتها. فلا يكون الإصرار على ممارستها (إلا ضرورة بقضيتها تحقيق تغيير بالوسائل السلمية في البنيان الاجتماعي) وإنهاء لتفرد السلطة واحتكارها حتى تنهياً الفرص الكافية التي يكون فيها الحكم ديمقراطياً.

ولا يتصور بالتالي أن تكون حرية التعبير مقصودة لذاتها، ولا أن يعتصم الأفراد بها تعبيراً عن قدراتهم الذهنية على الجدل وإدارة الحوار؛ ولا أن تكون صرخة في فضاء عريض لا يسمعها أحد.

ذلك أن الأفاق المفتوحة وحدها Free and open encounter، هي الضمان لحرية التعبير، وهي التي تكفل للجماعة طرائق تنمها. ولا يجوز بالتالي تعطيلها -ولو في بعض جوانبها- ولا أن يكون القانون معولاً ينقض عليها، ليفرض بالقوة صمتاً على الآخرين.

ويستحيل بذلك أن تتوافر حرية التعبير بغیر التعامل في الآراء والأفكار The free trade in ideas قولاً وتلقياً ونقلًا. فإذا انطلق سوق عرضها، أو كان مقصوراً على فريق دون آخر، لم يعد للآراء مجال يكفل تناقضها أو تراجمها، بما يناقض جوهر هذه الحرية التي تقتضى تحدية الآراء، ليس فقط في مواجهة الأثرياء الذين يملكون وسائل الإعلام ويسخرونها لمصالحهم؛ ولكن كذلك قبل الدولة لردعها عن اضطهاد خصومها وإسكاتهم.

وإذا جاز القول بأن من الآراء ما يتوخى تزوير الحقيقة، أو تحريفها، أو إثارة الغبار حولها، إلا أن الآراء التي نؤمن بها، هي التي نراها صوابا من خلال الإقناع بمضمونها. لا إقناع بغير تعبير.

وفى إطار حرية التعبير، ليس ثمة فواصل قانونية بين التضليل وإرادة التغيير؛ بين صدق توجهاتها وزيفها؛ بين القبول بالحقائق ومحاولة ملمسها؛ بين الإرادة المتحضرة البصيرة، والطريق إلى تغييرها. ولا يحول ذلك دون القول أن حرية التعبير لا تتوخى أصلا غير إزهاق للباطل بالحق، والتعبير بمظاهر القصور في العمل العام، وتحديد نطاق حقوق الأفراد وحياتهم، ودعول عن أوضاع نعارضها إلى بدائلها.

وحرية للتعبير بذلك في اتصال مباشر مع إرادة للتغيير في كل قطاع، اجتماعيا كان أم اقتصاديا أم سياسيا. ومن ثم لا تتحل جدلا عقيما، ولا حواراً حول قيم نظرية تتفصل عن واقعها. ولا تنحصر أهدافها كذلك في مجرد تقويم نظم الحكم غير الديمقراطية وتصحيحها. ذلك أن دائرتها أعمق في رحابتها، وأعرض في مجالاتها، ووسائل تحقيق متطلباتها.

والعلوم بمناهجها وبحوثها وتباين أفرعها، مدخلها حرية التعبير؛ لا يتحقق ثراؤها في غيبتها، ولا تنهيا فرص تطويرها ما لم تنفتح آفاق حرية التعبير لطرق أبوابها كل واحد يريد أن ينهل من روافدها.

وليس لازما أن تكون الآراء التي تشملها حرية التعبير محددة بصورة قاطعة؛ ولا أن يكون بيانها جليا فلا يخطئها الفهم؛ ولا أن تكون هي للحق فلا يأتيها باطل؛ ولا أن يكون توجهها بقصد تحقيق مصلحة لها وزنها. ذلك أن غموضها لا يسقطها من الاعتبار. وليس بشرط وجودها أن تنحصر فيما هو صادق من الأقوال. وجهامة بعض الآراء أو جمودها أو تخلفها، لا يجوز أن يمنعها. ولا ينال منها كذلك انصرافها إلى التعميم؛ ولا تطغى بحالة بذاتها تقتصر عليها. وتضليل بعض الآراء على بعض، يؤكد حرية الاختيار ترجحا لأكثرها ملائمة لتحقيق تغيير يكون مطلوبا بوجه عام.

ذلك أن الغاية النهائية لكل تنظيم، هي ضمان حرية الأفراد في مجموعهم والعمل على تنمية ملكاتهم.

وحريتهم هذه هي الطريق إلى رخائهم، فلا يتكلمون بغير ما يؤمنون، ولا يؤمنون إلا بما يتكلمون. ولأحاديثهم دائماً هي الأفكار التي طرحتها عقولهم. وهم يحرصون على نشرها والترويج لها بوصفها خطوة على طريق الديمقراطية التي تفترض تسامحها مع خصومها؛ واستجابتها لحكم العقل؛ ورفضها المفاهيم القائلة بأن ما نتوخاه حرية التعبير، هو تأكيد للشخصية الفردية، وضمان ذاتيتها. ذلك أن حرية التعبير لا تدور -في غايتها- حول ذات الفرد. وإنما محورها الجماعة ليس فقط في خياراتها وطموحاتها، وإنما كذلك في وسائلها إلى تقويم اعوجاج قائم، وإلى تحقيق تطور تراه ضرورياً. ولئن كان بنيانها ثمرة جهود متفرقة، إلا أن هذه الجهود في تكاتفها، هي التي ترشدنا إلى الطريق الأفضل لخطاها.

ومن ثم لم يجز في مجال حرية التعبير، للتمييز بين صورها بطريقة انتقائية. ولا أن يكون العمل على اعتناق بعض الآراء واقعا في نطاق قيمها؛ ولا التترع بمخاطر تلاعبها -على غير الحقيقة- لإرهابها أو لقمعها.

وليس لازماً كذلك أن يكون التعبير قولاً. إذ قد يكون سلوكاً وأشياء بالآراء التي يراد إعلانها والتي لا يجوز تصنيفها بالنظر إلى موضوعها، أو على ضوء آثارها، ولا مصادره طرائق نقلها، بما يحول دون تداولها اتصالاً بها وتفاعلاً معها.

وكما تدخل المشرع بتدابير من شأنها تقويض الحماية التي كفلها للمستور لحرية التعبير؛ كان ذلك مهيئاً لأهدافها، معطلاً نقل رسالتها -وهي الآراء التي تقارنها، صحيحها وباطلها- إلى هؤلاء الذين تتغيا لإلاعهم بها<sup>(١)</sup>.

وكثيراً ما يعود إجهاض الدولة لهذه الحرية، إلى اعتراضها -بالوسائل التي تملكها- على مضمون آراء بذواتها، أو إلى توهمها مخاطر تنسبها إلى ما تتصوره من أضرار تنجم عن اتصال آخرين بها. فلا يبقى لحرية التعبير غير صورتها المعلنه المجافية لحقيقتها.

وهو ما يتحقق بوجه خاص من خلال تحفظها على بعض الآراء، قسواً منها بالتصبال الآخرين بها بطريق غير مشروع<sup>(٢)</sup>.

(١) Police Department of the city of Chicago. V. Mosley, 408 U.S. 92, 95-96 (1972).

ويتعين بالتالي إذا أريد حرية التعبير أن نحيا في إطارها الصحيح، أن نوازنها بمخاطر إطلاقها من القيود. فلا يكون تدخل الدولة متبولا إذا جاوز مجرد تنظيمها إلى حد تعويق أفعالها. فإذا لم يكن تقييد هذه الحرية -في أ.و.ل. بذاتها- متصلا بمخاطر ظاهرة نذرها -سواء كانت حالة أو راجحة لأسبابها- فإن إطلاقها من عقلائها، يكون واجبا.

وحرية التعبير هذه، هي التي جاء قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأنها قاطعاً في أن: <ضمنان نص المادة ٧٤ من الدستور لحرية التعبير عن الآراء- موافقاً في مجال التمكين من عرضها، ونشرها سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو بتكوينها، أو بغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها؛ وأن هذه الحرية أعمق تأثيراً في مجال اتصالها بنا هو عام من تشوُّن؛ وأن حق الفرد في التعبير عن الآراء التي يريد إعلانها ليس معلقاً على صحتها؛ ولا متمشياً مع الاتجاه العام في بيئة بذاتها؛ ولا بالفائدة العملية التي يمكن أن تنتجها>.

<فضلاً عن أن الذين يعترضون بنسب المادة ٧ من الدستور، لا يملكون مجرد الدفع عن التضايقات التي يؤمنون بها؛ بل كذلك استخدام الوسائل التي يقدرون مناسبة وتفاعليتها في مجال عرضها أو نشرها، ولو كان يوسعهم لحدل غيرها محلها لترويجها>.

<ذلك أن ضمان الدستور لحرية التعبير، توخى أن يهيئ مفاهيمها على مظاهر التعبير في أوضاع منابها بما يحول بين الساذجة وحرصها وصانيتها على العقل العام، فلا تكون معاييرها الشخصية مرجعاً لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينه، ولا عائقاً يحول دون تدقيقها>.

<كذلك فإن أكثر ما يهدد حرية التعبير، أن يكون الإيمان بها شكلياً، أو أن يفرض أحد على غيره إسكاتاً ولو بقوة القانون. إن تنوع الإصرار عليها بوصفها قساعة لكل تنظيم ديموقراطي لا يقوم إلا بها. ولا يدعو الإخلال بها أن يكون إنكاراً للحقيقة أن حرية التعبير لا يجوز فصلها عن أفعالها. وأن وسائلها مبادئها يجب أن ترتبط عقلاً بأفعالها، فلا يعطل المشروع

(١) ومن ذلك قولها بأن حرصاً على نظافة الطرق من الأوراق التي تلقى فيها، يقتضيها جمعها في صناديق القمامة، كي تحل محل هذا الإساءة، رغبة في ألا يقرأ أحد ما حوته تلك الأوراق من عبارات.

Schneider V. Town of Irvington, 308 U.S. 147 (1939).

مضمونها، أو يناقض الأغراض المقصورة من إرسائها؛ ولا يتسلط عليها المناهضون لها من خلال وجهة نظر يقولون بها استعلاء ولو كان لفقها ضيقاً، أو كان عقمها وتحزبها بادياً<sup>(١)</sup>.

وما تقدم مؤداه، أن إجهاض الدولة لآراء لا تقبلها بالنظر إلى مضمونها، يذال بالضرورة من حرية التعبير، سواء تدخلت بطريق مباشر لإقاعها؛ أو كان تدخلها مأكراً بأن كان محايداً في مظهره، دالاً في حقيقته على نواياها، ومؤكداً رغبتها في السيطرة على الآراء التي تعارضها، وإيقاع جزاء على تداولها.

ولئن صح القول بأن الدولة قلما تلن عن مقاصدها من يشرعاتها أو إجراءاتها، ولو كان من أثرها للتدخل في حرية التعبير. بقصد تحجيمها أو قتلها، إلا أن هذه الآثار هي التي يتعين أن يركز قضاء الشرعية الدستورية اهتمامهم عليها، وصولاً لتحديد نطاق هذا التدخل؛ وما إذا كان كافلاً تدفق الآراء على اختلافها، أو منتهياً إلى إجهاضها.

ولا يجوز بالتالي أن نقاضل الدولة بين المتحدثين في اجتماع عام من خلال دعمها لأحدهم دون الباقيين. إذ ليس لها أن تقرر إملاء موضوع أحاديثهم، ولا أن تحدد أشخاصاً بذواتهم لتناولها؛ ولا أن تبصر الحاضرين بمخاطرها؛ ولا أن تمنعهم من مناقشتها؛ ولا أن ترصد موقفهم منها. ذلك أن موضوع الاجتماع لا يخص غير الذين ينقلون أبعاده والذين يثقلونها. ولا تقتصر القيمة الحقيقية لحرية التعبير في مجرد النطق بآراء نؤمن بها، وإنما تكمن أهميتها وحيويتها في نقلها إلى الآخرين لإبلاغهم بها بما يكفل اتساع دائرتها.

### المطلب الأول

#### المدخل إلى حق الاقتراع

٣٧٦- وحرية للتعبير هذه، هي مدخل حق الاقتراع، ومحور تنظيم العملية الانتخابية وإدارتها. فلا يكون ضمان هذه الحرية إلا عنصراً فاصلاً فيها، دالاً على مصداقيتها، كافلاً حق المواطنين -المؤهلين لمباشرة الحقوق السياسية- في الإدلاء بأصواتهم بما لا يخل بتكافئها فيما بينها.

(١) "دستورية عليا" -للقضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٢٧ -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- ص ٤٧٥ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

فلا يتفاوتون في وزن أصواتهم، ولا في فرص تمثيلهم في المجالس النيابية. وإنما يتساوون في قيمتها من خلال التوفيق قدر الإمكان بين عدد السكان في الدائرة الانتخابية، وعدد المرشحين الذين ينتخبون منها.

ويتعين كذلك أن تتوافر للمرشحين في الدائرة الانتخابية جميعها، الفرص ذاتها التي يعرفون من خلالها هيئة الناخبين ببرامجهم ويقدرتهم على الدفاع عن مصالحها، كي تفاضل بينهم على ضوء اقتناعها بأجدرهم في الحصول على نفعها.

ولئن جاز القول بأن هذه الحقوق جميعها تبلور مصالح مختلفة، إلا أنها تتحد في جذورها، ذلك إنها نتاج النظم التمثيلية القائمة على حرية اختيار هيئة الناخبين -رفق قواعد موضوعية لا تميز فيها- لهؤلاء الذين ينوبون عنها في مجالس الحوار Deliberative Assemblies التي يسميها البعض تارة بالمجالس التمثيلية Representative Assemblies وطورا بالمجالس النيابية Parliaments.

### الفرع الأول

#### القيود على حق الاقتراع

-٣٧٧- ولقد كان حق الاقتراع Le droit du suffrage مقيدا من خلال قصره على أشخاص بذواتهم بناء على ألقابهم، أو ثروتهم أو طبقتهم السياسية<sup>(١)</sup>، أو قدراتهم الذهنية التي تحدها ألوانهم<sup>(٢)</sup> Suffrage Capacitaire. ثم صار حق الاقتراع عاما وسريا ومتكافلا Universal, égal et secret وتفرض هذه الشروط نفسها على المشرع، فلا يجوز حرمان العسكريين أو المعارضين من مباشرة هذا الحق، ولا التمييز في مجال الانتخاب به بين الرجل والمرأة؛ ولا بين القادرين ماليا Le aptitudes intellectuelles والمعوزين، ولا يبين المنكوقين عقليا Le capacités fiscales والمتخلفين؛ ولا النظر إلى الاقتراع باعتباره حقا اختياريا، لا وظيفة يتعين أن تؤدي، فلا يتخلى مواطن عنها.

(١) كبطقة البروليتاريا في الاتحاد السوفيتي قبل تصدعه.

(٢) ومن ذلك استبعاد بعض الولايات الأمريكية للزنج من حق الاقتراع حتى في القرن العشرين.

### الفرع الثاني

#### خصائص حق الاقتراع

٣٧٨- ويتعين دوماً أن يكون الاقتراع شخصياً، لا جماعياً<sup>(١)</sup> Le vote plural ولا أسرياً Familial، وأن يكون علنياً<sup>(٢)</sup>. ولا يجوز في أية حال تقرير مزايا لأشخاص في مجال مباشرة هذا الحق، بما يجعلهم أكثر أهمية من سواهم.

ويباشر قضاة الشرعية الدستورية، أدق صور رقابتهم وأكثرها صرامة في مجال تقييمهم لصور التمييز التي يفرضها الشرع في شأن حق الاقتراع -والتي تتحدد دستوريته على ضوء قدر فعاليتها لضمان هذا الحق، ومعقوليتها في مجال تنفيذه<sup>(٣)</sup>- وعلى تقدير أن غايتها هي أن يتكافأ المواطنون في وزن أصواتهم بما يكفل تساويهم في قيمتها، فلا يكون لأيهام في النظم الانتخابية التي تقوم على إرادة الاختيار، غير صوت واحد Un electeur egale un voix- one man one vote.

ولا يجوز بالتالي التمييز بين المواطنين بصورة انتقائية نحرمان المعاقين جسدياً، أو عيس لا يجيدون الكتابة، أو الذين يرفضون أخذ بصمة إصبعهم، عن هذا الحق. ذلك أن قضية التسوية الدستورية، لا يقبلون من المصالح التي يتسبب بها الشرع التمييز التي يفرضها على حق الاقتراع، غير تلك التي تكون قاهرة في حقيقتها Compelling interests، وبشرط أن يكون ضمن الشرع لها بأقل الوسائل تقييداً لهذا الحق The least restrictive means.

### الفرع الثالث

#### ضوابط مباشرة حق الاقتراع

٣٧٩- ويتعين دوماً أن تفصل بين كل اقتراع وآخر فترة زمنية معقولة<sup>(٤)</sup> La periodique raisonnée de l'exercice par les électeurs de leur droit de vote وأن يتخذ الشرع من الوسائل

(١) C.C., 78- 101 D.C., 17 janv 1979, R.p. 23.

(٢) انظر المحسن الدستوري الفرنسي اقتضت كلمة لأنها لم توفر لخصم التصويت إثباتاً.

(٣) Conseil constitutionnel du 9 nov. 1988, R.p. 199.

(٤) Harper v. Virginia Board of Elections, 383 U.S. 663 [1966].

(٥) C.C., 90- 290 D.C., 6 dec. 1990, R.p. 61.

ما يكفل إسهام أكبر عدد من المواطنين في عملية الاقتراع، وأن يكون تنظيمه بالتالي لشروط مباشرة الحقوق السياسية، مفهوماً وفعالاً.

فلا يناقض هذا التنظيم طبيعة هذه الحقوق، ولا متطلباتها، ولأن جاز للمشرع استبعاد القصر والجانحين الذين لم يرد إليهم اعتبارهم، وكذلك من أصابهم عارض في العقل، من نطاقها<sup>(١)</sup>؛ إلا أن حرمان الأسوياء -أيما كان لونهم أو قدر ثقافتهم أو طبيعة مراكزهم- من الحقوق السياسية التي صاروا مؤهلين لمباشرتها بحكم نضجهم ونقاء سمعتهم؛ يكون محظوراً، سواء تعلق الأمر بحق الاقتراع أو بالحق في الترشيح. ذلك أن هذين الحقين يتبادلان التأثير فيما بينهما، ويفترضان مباشرتهما من خلال نظم انتخابية لا يملها التحكم، بما يفقدها إنصافها.

وإذا جاز أن يغير المشرع بين شروط مباشرة حق لترشيح، وشروط مباشرة حق الاقتراع، إلا أن صفة المواطنة هي التي يفتح بها الطريق لمباشرة حق الاقتراع وفق شروط متكافئة يناديها تقسيم المواطنين إلى فرق شتى<sup>(٢)</sup> ولو قام الدليل على تناقض مصالحهم. ذلك أن الأصل في السيادة أنها لا تتجزأ. بما مؤداه وحدة الكيان السياسي للجماعة. وهي وحدة لازمها وحدة الشروط التي يباشر الناخبون من خلالها حق الاقتراع، فلا يتمايزون فيها بنساء على فوارق اجتماعية أو أسرية أو دينية أو جنسية. فالعاطلون والأثرياء يتكافأون في شرط المواطنة، وهي مصدر تساويهم في حق الاقتراع.

كذلك فإن الطبيعة الديمقراطية لنظم الحكم، لازمها أن يكون حق الاقتراع شاملاً كافة الناخبين المؤهلين لمباشرة هذا الحق، وأن يكون منتجاً.

(١) يلاحظ أن المشرع قد يشترط لمباشرة الناخب لحق الاقتراع، أن يكون مقيماً في الدائرة الانتخابية التي يدلي بصوته فيها. ومثل هذا الشرط لا غبار فيه، R.P. 34، 2 Juin 1987، C.C. 87-226 على تقدير أن من يقومون في الدائرة يدركون مشكلاتها ويصبرون اهتماماتها، ويقفون على حقيقة الأمر في شأن المرشحين بها، وعناصر التمثيل فيما بينهم، وليس لمواطن بالتالي حرية اختيار الدائرة التي يقيد فيها، ومع ذلك فإن للمدة التي يشترطها المشرع لإقامة الناخب في الدائرة الانتخابية، هي التي تجوز المجادلة فيها، والاعتراض عليها من ناحية دستورية وذلك إذا جاوز المشرع بها الحدود المنطقية. وهو أمر تدره جهة الرقابة على الدستورية. C.C. 82-146 D.C. 18 Nov. 1982, R.p. 66.

فلا يباشره هؤلاء بما يؤثر في وزن أصواتهم؛ أو يفرقها أو يحوها؛ أو بما يفصل حق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس النيابية، عن حق الناخبين في المفاضلة بينهم ترجيحاً من جانبهم لأفقرهم في الدفاع عن مصالحهم.

وإنما يتعين دائماً أن تتكامل مراحل العملية الانتخابية، وأن يوفر لها المشرع الأسس المنطقية اللازمة لضبطها؛ بما يصون حيبتها، ويحقق تكافؤ الفرص بين المترشحين فيها في إطار من الحقائق الموضوعية التي تتصل بها؛ ودون إخلال بتبادل الآراء في نطاقها تبادلاً حراً غير معاق، حتى لا تتلون الحياة السياسية بلون واحد، ولا تكون الإرادة الواحدة من أعلى، محورا لها أو موجها لحركتها<sup>(١)</sup>.

على أن يكون مفهوماً أن قصر حق الاقتراع على المواطنين لا يجوز أن يتعلق بغير انتخاباتهم التي يعبرون من خلالها عن السيادة الوطنية. ويجوز بالتالي أن يكون غير المواطن ناخبا في النظم النيابية والجامعية، وفي اختيار مجلس إدارة المشروع<sup>(٢)</sup>.

#### الفروع الرابع

#### إشراف الهيئات القضائية على حق الاقتراع

٣٨٠- وقد حرص نص المادة ٨٨ من دستور مصر -الاول مرة- على أن يبسط أعضاء الهيئات القضائية إشرافهم على عملية الاقتراع حتى يسكوها بلديهم، ويكون إشرافهم عليها حقيقياً لا منتحلاً، وشرط ذلك أن يكون هؤلاء الأعضاء قضاة بمعنى الكلمة يفصلون فيما عهد به الدستور إليهم من خصومات قضائية أياً كانت طبيعتها. ولا يعتبر في حكم للقضاة أعضاء النيابة الإدارية أعضاء هيئة قضايا الدولة ذلك أن هؤلاء وهؤلاء ملحقون بهم في بعض ضماناتهم كخطر

٢

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٦ ق/مستورية -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٧ -ص ٧٦، وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن صفة الشخص كمواطن في الاتحاد الأوروبي، تفتح الطريق لمباشرة حق الاقتراع في الانتخابات الأوروبية. C.C.92 - 308 D.C.9 avril 1992, R.P. 25. يبين من حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية -مستورية- المنشور في ص ١١١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع، أنه اعتبر النيابة الإدارية هيئة قضائية في تشكيلها و ضماناتها. وذات القاعدة تنطبق على هيئة قضايا الدولة.

عزلهم إلا عن طريق مجالسهم للتكديسة. وليس من شأن هذا الإلحاق أن يضيفهم إلى القضاء ولا أن يجعلهم في حكمهم<sup>(١)</sup> على أن يكون مفهوماً أن عملية الاقتراع التي يشرفون عليها، لا تقتصر على مرحلة إدلاء المواطنين بأصواتهم في الصناديق الانتخابية؛ ولا على فرز أصواتهم هذه لتحديد صحيحها من باطلها ثم رصدتها؛ ولكنها تشمل كذلك -بحكم الاقتضاء العقلي- كافة المراحل التي تسبقها بشرط إضمارها إليها. ذلك أن الذين يدلون بأصواتهم في صناديق الاقتراع، هم المواطنون المؤهلون لمباشرة الحقوق السياسية. وللقيد في الجداول الانتخابية بعد تحقيق بياناتها، هو الدليل على أن المدرجين بها، مواطنون يملكون هذه الحقوق. فلا تكون مراقبة عملية القيد في هذه الجداول إلا عملاً قضائياً لا يتفصل عن ذات الحق في الاقتراع.

ويتعين بالتالي أن ييسر القضاء ومن في حكمهم إشرافهم على تلك الجداول بقصد تنقيتها من شوائبها حتى لا يدرج فيها دخلاء عليها لا صلة لهم بها.

وإذا كان من شروط مباشرة الحقوق جميعها -ويغض النظر في طبيعتها- أن تتوافر لها بيئتها الملائمة؛ فلا يرد أصحابها عن طلبها، ولا يرهقون في الانتقاع بها؛ فإن طريق الناخبين إلى صناديق الاقتراع؛ يتعين ألا يعاقب بوعده أو بوعده.

ذلك أن إغواءهم لحملهم على التصويت على نحو معين؛ أو منعهم من النفاذ إلى الصناديق الانتخابية، تعطيل لحقهم في الاقتراع لا يقل سوءاً عن إبطال صحيح أصواتهم أو تكديس تلك الصناديق بأصوات لم يدل أحد بها.

(١) يبين من حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" - المنشور في ص ١١١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع، أنه اعتبر النيابة الإدارية هيئة قضائية في تشكيلها وعضائاتها. وذات القاعدة تطبق على هيئة قضايا الدولة. بيد أن هذا الحكم منقذ. ذلك أن بسط إشراف أعضاء الهيئات الانتخابية على مباشرة المواطنين لحق الاقتراع هو أن يتوافر لهؤلاء الأعضاء الاستقلال والحيادة الكاملة التي لا تجعل السلطة التنفيذية تؤثر عليهم، وهو ما لا يتحقق لا في النيابة الإدارية ولا في هيئة قضايا الدولة. كذلك فإن البين من استقراء نصوص دستور مصر، أنه لم يطلق وصف الهيئة القضائية إلا على مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا. وهما هيئتان قضائيتان تفصلان في منازعات من طبيعة قضائية. فإذا أراد المشرع أن يلحق بها هيئات قضائية أخرى، تبين أن تتوافر في الهيئة القضائية التي ينشأها، خاصية الفصل في منازعات من طبيعة قضائية.

ويتعين بالتالى إذا أريد لحق الاقتراع أن يكون متكاملًا وفق الدستور؛ أن يفرض القضاء ومن فى حكمهم إشراقهم على العملية الانتخابية من بنائها وحتى نهايتها. فذلك هو ما قصد الدستور إلى تحقيقه بنص المادة ٨٤ التى صاغها لضمان دوران العملية الانتخابية فى كافة مراحلها وفق ضوابط سيرها الصحيح. فلا يشوها تدخل فى شأن من شأنها يخل بمصداقيتها، ويقحم الفائزين فيها على هيئة الناخبين بالخداخ والتكليس.

ولم يكن ممكنا فى إطار أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، أن يتم الاقتراع فى اللجان الانتخابية بطريقة ديمقراطية تكون نتائجها تعبيراً عن حقيقة ما تم فيها. ذلك أن عملية الاقتراع ذاتها تتم فى اللجان الفرعية -لا فى اللجان العامة- وذلك وفقاً لصريح الفقرة ٥ من المادة ٢٤ من هذا القانون<sup>(١)</sup>.

وبينما نص قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية فى المادة ٢٤ على أن يكون رؤساء اللجان العامة من بين أعضاء الهيئات القضائية فى جميع الأحوال، فإن هذه المادة ذاتها لا تقتضى هذا الشرط فى رؤساء اللجان الفرعية، وإنما تجيز تعيينهم من بين العاملين فى الدولة أو القطاع العام. أما أعضاء الهيئات القضائية، فلا يختارون لرئاسة، إلا بقرار الإمكان.

ولم يكن للقضاة بالتالى يحكمون قبضتهم على اللجان الفرعية، ولا يصرفون شسيتنا من أمورها. وإنما كان يهيم عليها العاملون فى الدولة أو القطاع العام الذين يسهل دائماً إخضاعهم لتأثير السلطة التنفيذية وضغوطها، بل وتهديداتها بالنظر إلى أن وظائفهم لا تؤمن حياتهم، ولأنهم خاضعون مباشرة لرؤسائهم التابعين أصلاً للسلطة التنفيذية، والذين لا يلتزمون بغير توجيهاتها، مما جعل العملية الانتخابية بعيدة فى قواعد ضبطها عن الحيطة، منافية فى سيرها للتجود، بل تحيطها المبالاة من خلال السلطة التنفيذية التى تفرض عليها لإرادتها، حتى بعد تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية بقانون آخر، هو القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠.

(١) تنص الفقرة (٥) من المادة ٢٤ المشار إليها على أن تشرف اللجان العامة على عملية الاقتراع لضمان سيرها وفقاً للقانون، أما عملية الاقتراع فتبشرها اللجان الفرعية.

ذلك أن هذا القانون، وإن نص في المادة ٢٤ مكرراً، على أن تشكل في مقر كل لجنة من اللجان العامة، لجان إشرافية يكون رؤسها وأعضاؤها من الهيئات القضائية، على أن تباشر كل واحدة منها إشرافها على عدد من اللجان الفرعية، وبما يكتل تناسبها في عددها - مع مواقع المقار الانتخابية وعدد ما بها من لجان فرعية - إلا أن اللجان الإشرافية الجديدة، لم يكن بوسعها أن تنبسط إشرافها الحقيقي على اللجان الفرعية التي تخصصها. إذ يفترض ذلك تواجداً في اللجان الفرعية التي تشملها برقيبتها منذ بدء العملية الانتخابية وحتى انتهائها في الزمن المحدد لها.

وهو افتراض غير متصور عملاً، لأنها تتردد فيما بين هذه اللجان الفرعية، ولا يتصور أن تظهر فيها جميعاً في آن واحد. بل يكون إشرافها عليها واقعاً في فترة قصيرة، هي تلك التي تقضيها في كل لجنة من اللجان الفرعية أثناء مرورها بها حتى إذ غادرتها؛ انفرط عقد العملية الانتخابية من جديد، ولا يستطاع مواكبتها، وخلطها كل عمل أو إجراء يقوض مصداقيتها، ويهبط بقيمتها، ويعطل الأغراض المقصودة منها.

فلا تظهر العملية الانتخابية باعتبارها ولقعة في إطار السيطرة الكاملة للجان القضائية الإشرافية؛ وإنما هي نظرة عابرة تلقينا عليها، فلا تبصر حقيقة واقعتها، ولا تحيط بدخائلها، ولا يكون نتائجها بالتالي سلطة تشريعية وقع اختيار هيئة الناخبين على أعضائها، وإنما هي سلطة تشريعية أقرتها السلطة التنفيذية بتدخلها المافر في العملية الانتخابية، وتوجيهها لها.

ومن ثم تباشر السلطة التشريعية ولايتها المنصوص عليها في المادة ٨٦ من الدستور على ضوء خضوعها المباشر للسلطة التنفيذية بالنظر إلى اندماجها فيها؛ ولأنها تدين في وجودها لها.

وكان منطقياً بالتالي أن يتطرق البطلان إلى كثير من القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية؛ وإلى تكوين هذه السلطة في ذاتها من خلال أحكام متعاقبة كان آخرها الحكم الصادر في الدعوى رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية بجلستها المعقودة في ٨ يوليو ٢٠٠٠ الذي قضى بأن شرط إجراء عملية الاقتراع وفقاً لنص المادة ٨٨ من الدستور، أن يكون رؤساء اللجان الفرعية من بين أعضاء الهيئات القضائية كضمان نهائي لحيدة العملية الانتخابية، وكطريق وحيد إلى الديمقراطية

في مفهومها الصحيح<sup>(١)</sup>. وإذ صدر بعد هذا الحكم النهائي قانون يعيد تنظيم العملية الانتخابية وفق مقتضاة - هو القانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١ - إلا أن هذا القانون كان معيباً كذلك من النواحي الآتية:

أولاً: أن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، وإن عدل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من هذا القانون بما يكفل تعيين رؤساء اللجان الفرعية التي يتم الاقتراع من خلالها، من بين أعضاء الهيئات القضائية؛ إلا أن هذه اللجان التي كان يصدر بتشكيلها قرار من وزير الداخلية، لا يزال محظوراً عليها مباشرة عملية فرز أصوات الناخبين، إذ يتم هذا الفرز -وعلاً بنص المادة ٣٤ من ذلك القانون- عن طريق لجنة الفرز التي يرأسها رئيس اللجنة العامة ويكون رؤساء اللجان الفرعية أعضاء بها. وقد كان هذا الاتجاه مفهوماً قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المقيدة بجدولها برقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "مستورية". فقد أبطل هذا الحكم ما كانت تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية فيما تضمنته من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية. وإذ صار رؤساء هذه اللجان جميعهم من هؤلاء الأعضاء، فلم يعد منطقياً إقصاء هذه اللجنة عن عملية فرز الأصوات التي أدلى بها أمامها، ولا أن يكلفها المشرع بنقل صناديقها إلى لجان الفرز التي تبعد مواقعها كثيراً عن اللجان الفرعية بما يسهل تغيير هذه الصناديق أو تكليسها بأصوات جديدة لم يدل أحد بها، أو نزع أصوات صحيحة منها تلاعباً فيها، بما يفسد العملية الانتخابية ويشوه نتائجها.

وكان الأولى أن تفرز أصوات الناخبين في اللجنة الفرعية في حضور مندوبين عن المرشحين، وبعد التحقق من صحتها، على أن تفصل اللجنة العامة في كافة الطعون المتعلقة بها وغيرها مما يتصل بدوران العملية الانتخابية وفق صحيح القانون، كالفصل في ادعاء حرمان أنصار أحد المرشحين من دخول اللجان الفرعية، أو إكراههم على الإدلاء بأصواتهم في اتجاه دون آخر.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ٨ يوليه ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٧٨ - ص ٦٦٨ - وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

ثانياً: أن عملية الاقتراع في ذاتها تتدخل مراحلها، ولا تقتصر بالتالي على المرحلة التسي  
يدلى الناخبون فيها بأصواتهم في صناديق الاقتراع، وإنما تتقدمها وترتبط بها مرحلتان أخريان.

أولاهما: مرحلة التقيد في الجداول الانتخابية. وهذه يتعين أن يكون تحقيقها، وليس مجرد الفصل في الطعون المتعلقة بها<sup>(١)</sup> -موكلاً إلى الهيئة القضائية- ذلك أن الأشخاص الذين يقيدون في هذه الجداول يملكون مباشرة الحقوق السياسية، وغير محرومين منها بالتالي أو موقوفين عن استعمالها. وتلك مهمة قضائية صرفة لا يجوز أن تتولاها وزارة الداخلية، وهي جزء من السلطة التنفيذية.

ثانيتهما: مرحلة دوران العملية الانتخابية -وهي الأهم- ذلك أنها تتصل بكل واقعة تلابس سيرها وتبطلها. ومن ذلك نوع التدابير التي اتخذتها وزارة الداخلية قبل الناخبين لمنعهم من التوجه إلى صناديق الاقتراع، أو للتأثير في وجهة أصواتهم وحملهم على الإدلاء بها على نحو معين، أو إفزازهم بالتهديد لصرفهم عن واجبهم في الدعوة لأحد المرشحين، أو حرمان مندوبي المرشحين من مراقبة عملية إدلاء الناخبين بأصواتهم ورصدها، أو إرهاب رؤساء اللجان الفرعية بأوضاع غير ملائمة يعملون فيها، أو الامتناع عن تلبية طلباتهم التي يتوخون بها ضبط العملية الانتخابية، وضمان حينتها.

ثالثاً: أن عملية الاقتراع في ذاتها، تفترض التحقق من صفة الأشخاص الذين يدلون  
بأصواتهم في اللجان الفرعية ويتعين أن يتم التكليل على صفتهم هذه من خلال أوراق رسمية، وليس عن طريق أشخاص يتعرفون على الناخبين كمندوبي المرشحين.

(١) تنص المادة ١٥ من قانون مباشرة الحقوق السياسية على أن لكل ناخب قيد اسمه في جداول الانتخاب أن يطلب قيد اسم من أهمل بغير حق أو حذف اسم من قيد من غير حق أو تصحيح البيانات الخاصة بالقييد. وتنص المادة ١٦ من هذا القانون على أن تتصل في الطلبات المشار إليها في المادة السابقة لجنة مؤلفة من رئيس المحكمة الابتدائية رئيساً وعضوية مدير الأمن بها!! ورئيس نيابة يختره النقيب العام.

### المطلب الثاني

#### ضمان مصادقية العملية الانتخابية.

٣٨١- ترتبط مشروعية ومصادقية التمثيل النيابي في بلد ما، بالكيفية التي يباشر المواطنون من خلالها حق الاقتراع. وهو حق لا يجوز التمييز فيه بين المواطنين، ولا قصره على من يملكون مصادر الثروة، أو حجبته عن المعارضين، أو تقريره بما يخل بتكافؤ أصوات الناخبين في وزنها، أو على نحو ينقص تساويهم في فرص مباشرتهم لحق الاقتراع. ذلك أن السيادة لا يباشرها إلا المواطنون في مجموعهم. وهم يمارسونها بطريق غير مباشر من خلال أصواتهم التي يختارون بها من يمثلونهم في المجالس النيابية.

ويقتضى انضمامهم إلى الدولة كوحدة سياسية تجمعهم، وحدة الشروط التي يمارسون السيادة من خلالها. فلا يجوز التمييز بينهم في ذلك، بناء على أوضاع طبقية أو اجتماعية أو أمرية أو على ضوء صفاتهم أو مصالحهم أو توجهاتهم أو انتماءاتهم، أو لغير ذلك من العوامل التي لا شأن لها بطبيعة حق الاقتراع ولا بالشروط المنطقية لمباشرة هذا الحق.

ومن ثم يرتبط مفهوم المواطنة بمباشرة المواطنين لحقوق السيادة الوطنية، سواء كان ذلك بصفتهم ناخبين يتمتعون بالفرص الحقيقية التي يفاضلون من خلالها بين المرشحين على ضوء اقتناعهم بقدرتهم على التعبير عن القضايا التي تعنيهم؛ أم بوصفهم مرشحين يفاضلون وفق قواعد منصبة من أجل الفوز بالمقاعد التي يتنافسون للحصول عليها في المجالس النيابية.

وقد كفل الدستور لكل مواطن حق الانتخاب وحق الترشيح وهما حقان يتبادلان التأثير فيما بينهما. ذلك أن ما يفرضه المشرع من قيود غير منطقية على أحدهما، ينعكس بالضرورة سلباً على الآخر. ومن ثم كان ضمان حرية الناخبين في الإدلاء بأصواتهم، وحرية مفاضلتهم بين المرشحين في الحملة الانتخابية، من الشروط الجوهرية لصحة جرياتها، فلا تعطل حيثتها أموال تنفق فيها بغير ضابط، ولا تكابير بوليسية ترهق المترشحين عليها وتصرفهم عنها، أو تنزع الناخبين بما يشيهم عن الإدلاء بأصواتهم. وصار لازماً بالتالي ضمان فرص حقيقية للناخبين في تقرير مصير الحملة الانتخابية؛ وللمرشحين في مجال عرض برامجهم والدفاع عنها، وأن يكون الحوار بين هؤلاء وهؤلاء جوهر الحملة الانتخابية، ودليل صدق نتائجها. فلا تؤثر فيها عوامل

خارجية تجعل إسهام المواطنين في الحياة العامة صورة بغير مضمون. ويتعين على الأخص أن تتوازن حقوق المرشحين فيما بينهم، وأن تتكافأ فرصهم في النفاذ إلى وسائل الإعلام، وألا تكون سطوة المال طريقهم إلى صناديق الاقتراع.

وإذا كان ضمان مصداقية العملية الانتخابية، يفترض حيدة القواعد القانونية التي تنظمها سواء تعلق الأمر بزمان أو مكان إجرائها أو كيفية مباشرتها؛ وكان لا يجوز للسلطة التشريعية -وهي جهة غير قضائية- أن تتفرد بتقرير مصير العملية الانتخابية التي تتباين الضغوط التي تؤثر في نتائجها، وكذلك القوانين التي تتدخل في تنظيمها، وطرائق القيد في الجداول التي تحدد هيئة الناخبين؛ وكان فصل السلطة التشريعية في صحة عضوية أعضائها، خروجاً على طبيعة وظائفها؛ إلا أن دستور جمهورية مصر العربية انحاز إلى السلطة التشريعية انحيازاً كاملاً، بأن جعل قولها فصلاً في شأن توافر شروط العضوية في أعضائها أو تخلفها، وذلك بما تنص عليه المادة ٩٣ من الدستور من أن العضوية لا يجوز إبطالها إلا بقرار يصدر عن السلطة التشريعية نفسها بأغلبية ثلثي أعضائها.

ذلك أن نص المادة المشار إليها يقضى بما يأتي:

يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية أعضائه. ويختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة إلى مجلس الشعب بعد إحالتها من رئيس المجلس. ويجب إحالة الطعن خلال ١٥ يوماً من تاريخ علم المجلس به. ويجب الانتهاء من التحقيق خلال ٩٠ يوماً من تاريخ إحالته إلى محكمة النقض.

وتعرض نتيجة التحقيق والرأي الذي انتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل في صحة الطعون خلال ٦٠ يوماً من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس.

ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس.

وقد حال هذا النص دون بناء الحياة السياسية في مصر على أسس سليمة، بل أدى إلى إفسادها. ذلك أن الأصل هو أن يفوز بمقاعد السلطة التشريعية هؤلاء الذين اختارتهم حقاً وصدقاً هيئة الناخبين. فإذا ثار نزاع حول صحة عضويتهم، كان هذا النزاع قضائياً في طبيعته.

٣٨٢- ويتعين بالتالي أن تتولى الفصل فيه هيئة قضائية بحكم تشكيلها وضماناتها، وأهمها استقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وحيثها فيما تفصل فيه من المسائل التي تعرض عليها. ويستحيل أن تكون هذه الجهة -على ضوء القواعد المعمول بها في القانون المقارن- غير المحكمة الدستورية العليا؛ ذلك لأمرين:

أولهما: أن العملية الانتخابية في كافة مراحلها تتأثر بالضرورة مطابقة إجراءاتها للدستور. وهي كذلك عملية تتكامل مراحلها، ويستحيل فصل بعض أجزائها عن بعض.

بل إن مراقبة هذه العملية لتقرير صحتها أو بطلانها لا تقتصر على تقييم النصوص الدستورية التي تتدخل فيها من أجل تنظيمها، ولكنها تشمل كذلك كيفية سيرها وطريقة ضبطها، وغير ذلك من العوامل التي تؤثر في نتائجها.

ثانيهما: أن بيد المحكمة الدستورية العليا الوسائل التي تقيس بها دستورية العملية الانتخابية لأعضاء البرلمان. لأنها تطبق عليها مناهجها في تفسير الدستور، وتحيطها بنظرة كلية تضم أجزاءها إلى بعضها، وتستظهر بتحقيقاتها المحايدة نوع الضغوط المؤثرة فيها على ضوء خبرتها العملية.

٣٨٣- وتحليلنا لنص المادة ٩٣ المشار إليها، يدل أولا على أن دور محكمة النقض وفقا لحكمها، ليس إلا دورا هزليا.

ذلك أن المحكمة لا تصدر حكما في صحة العضوية التي يحيلها إليها رئيس السلطة التشريعية. ولكنها تحققها لتصدر فيها رأيا يُعرض على هذه السلطة لتقرر بأغلبية ثلثي أعضائها اعتماد أو رفضه.

ومن المتصور بالتالي إلا يؤبه لرأيها، وأن يكون تحقيقها في صحة العضوية بالتالي مجرّد أوراق تقبل السلطة التشريعية نتيجتها أو تحيها بقرار منفرد يصدر عنها بالأغلبية الخاصة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة ٩٣ المشار إليها.

وبدل ثانيا: على أن أعضاء السلطة التشريعية أنفسهم يستبدلون بتقدير محكمة النقض في شأن بطلان العملية الانتخابية أو صحتها، بتقديرهم الخاص. وحلون بالتالي محلها في وظيفة

قضائية بطبيعتها، بل إنهم قد يبطلون عضوية خالص اجتهد محكمة النقض إلى صحتها. وهم بذلك يفصلون في مسائل دستورية بطبيعتها، وفي كافة العوامل المؤثرة في جريان العملية الانتخابية وفق الدستور، كتروير أصوات الناخبين.

ويدل ثالثاً: على أن تحويل السلطة التشريعية في مصر لاختصاص الفصل بصفة نهائية في صحة عضوية أعضائها، مؤداه أن يكون تحققها من توافر شروط العضوية أو تخلفها، شكلاً من أشكال الرقابة الداخلية التي تجريها بنفسها في شئون أعضائها.

فلا يكون هذا الفصل محايداً، بل موجهاً بالمقاييس السياسية ومتطلباتها. وعلى ضوء معاييرها الذاتية وتوجهاتها للشخصية.

وهذه الرقابة الداخلية هي التي كان معمولاً بها في فرنسا قبل دستور ١٩٥٨، ولكنها نبذتها بعد إقرارها لهذا الدستور الذي جعل للمجلس الدستوري بها قاضياً وحيداً للفصل في عضوية أعضاء السلطة التشريعية بمجلسيها. ولم تعد الرقابة على صحة العضوية بالتالي رقابة داخلية تستقل بها السلطة التشريعية، بل صارت رقابة خارجية تتولاها الجهة القضائية التي تفصل أصلاً في دستورية القوانين.

وقد تحقق هذا التطور على ضوء الحقائق الواقعية التي تؤكد انحياز السلطة التشريعية في قراراتها بصحة العضوية إلى مبالاة أنصارها، بل إنها تداهن خصومها حتى تجنبهم إليها إذا قدرت ضرورة أو ملازمة استقطابهم إلى جانبها، فلا يكون فصلها في صحة العضوية غير تكفيؤ لاتفاقاتها الجانبية مع معارضيه، وإعمالاً لنسوية غير مطلنة واقعة وراء جدران مغلقة.

وليس ذلك إلا عبثاً عريضاً، وعلى الأخص إزاء ما هو مقرر في دستائير كثير من الدول الأوروبية من يدال الرقابة الداخلية التي تباشرها السلطة التشريعية في شأن صحة عضوية أعضائها؛ برقابة خارجية يتولاها قضاء الشريعة للدستورية، وذلك حتى يستقيم تكوين مجالسها النيابية. فلا يتولى مهامها غير الأعضاء الذين فازوا بمقاعدهم في غير نواطؤ، ودون تكليس، وبخير مضغوط، ويعيدا عن المحاباة.

ويحل القضاء المقارن كذلك على أنه حتى في المساير التي تعهد إلى السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها<sup>(١)</sup>؛ فإن كلمتها في ذلك لا تعتبر قولاً فصلاً.

٣٨٤- وتعطينا قضية Powell v. McCormack مثالاً واضحاً على ذلك. ذلك أن المحكمة العليا الفدرالية الأمريكية - وهي تقابل المحكمة الدستورية العليا في مصر - تقرر قاعدتين في هذا الشأن.

أولاهما: أن الديمقراطية التمثيلية تحكمها قاعدة جوهرية قوامها أن نختار هيئة الناخبين بنفسها - على ضوء اقتناعها - من يكون في رايها من المرشحين، أصلح لتمثيلها. ولا يجوز بالتالي أن تقلص السلطة التشريعية من دائرة الناخبين المؤهلين قانوناً لمباشرة حق الاقتراع<sup>(٢)</sup> ولا أن تضيق من فرصهم في اختيار ممثليهم؛ ولا أن تقتضي من المرشحين شروطاً غير التي نص عليها الدستور<sup>(٣)</sup>.

ثانيتهما: أن اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها، ينبغي أن يهر في حدود ضيقة، وأن يقتصر على التحقق من توافر الشروط التي تطلبها الدستور لضمان صحة انتخابهم.

فإن هي جاوزتها وذلك باستبعادها عضواً استوفى هذه الشروط ذاتها، فإن قرارها يكون باطلاً<sup>(٤)</sup>. ويظل لانتحال السلطة التشريعية هذا الاختصاص لنفسها معيياً وخطراً، لإهداره إرادة هيئة الناخبين، وإضراره بمصالحها المباشرة في أن يمثلها من وقع لاختيارها عليهم دون مساوئهم، وأن تحيط بالعملية الانتخابية كل ضمانات تقتضيها فاعليتها، فلا يكون إسهام المواطنين فيها صورياً بل حقيقياً.

(١) من بين هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية التي يخول دستوراً كلا من مجلسي السلطة التشريعية حق الفصل قضائياً في صحة عضوية أعضائه.

Each house shall be the judge of the qualifications of its own members  
(٢) Powell v. McCormack, 395 . U.S. 486 (1969).

ولا يجوز بالتالي أن يطرد عضو كان لانتخابه صحيحا، ولو عارض علانية بعض مظاهر السيادة الوطنية، أو ندد بها<sup>(١)</sup>.

٣٨٥- تلك هي النظم الرئيسية القائمة في شأن الفصل في صحة عضوية أعضاء السلطة التشريعية في الدول على اختلافها. وهي نظم لطرحها دستور جمهورية مصر العربية -مفضلا عليها ودون مبرر- أن تكون كلمة السلطة التشريعية هي الكلمة النهائية في شأن تحققها من توافر شروط العضوية ابتداء أو تخلفها.

ويزيد الأمر سوءا أنه وإن جاز للسلطة التشريعية وفقا لنص المادة ٩٤ من الدستور، أن تبطل عضوية لم تر صحتها، فإن نص المادة ٩٦ من الدستور بخولها كذلك إسقاط عضوية قائمة بعد ثبوتها.

وإذا كان إسقاط العضوية وفقا لنص المادة ٩٦ من الدستور يفترض زوال شبروطها بعد توافرها لعرض طرأ عليها، كأن يخل العضو بواجبات عضويته، أو يفقد صفة العامل أو الفلاح التي انتخب على أساسها، أو تختل فيه أحد شروط العضوية بعد ثبوتها، أو ما ينبغي أن يتوافر فيه من الثقة والاعتبار؛ وكان نص المادة ٩٤ من الدستور لا يبطل عضوية بعد نشوء الحق فيها وفقا للدستور، وإنما يقرر تخلفها أصلا؛ فإن السلطة التشريعية يصير بيدها وحدها أن تبطل عضوية لم ينشأ الحق فيها، وأن تزيلها كذلك بعد ثبوتها؛ لتتحكم في تكوينها الداخلي من خلال قراراتها التي تحدد بها من يكون أو يظل من أعضائها، بما يوهن من روابطهم بهيئة الناخبين التي منحتم نفعها، ويجعل مصائرهم بيد السلطة التشريعية. فلا يدينون بالولاء لسواها. وليس ذلك إلا إفسادا للحياة السياسية في مصر من خلال واجهة شكلية لديموقراطية يخفي قناعها جوهر ملامحها.

(١) Bond. V.Floyd ; 385 U.S. 116 (1966).

### المبحث التاسع

#### الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القانون، ضمان حاسم لحقوق المواطنين وحرياتهم

٣٨٦- لا يزال بعض الفقهاء في مصر يروجون للرقابة القضائية التي يتطرق مناصفها بالقوانين قبل تطبيقها<sup>(١)</sup> ويتصورونها طوق نجاة يرد عن القوانين بعد سريانها، ما قد يظهره العمل من مثالبها. فضلا عن أن القوانين التي تطهرها هذه الرقابة من عيوبها -والفرض فيسها أنها قوانين لم تصدر بعد- تصير بعد تقرير دستوريها نقية لا شائبة فيها، فلا تخطل بعد العمل بها المراكز القانونية التي مستها.

ومن ثم تكون هذه الرقابة وقائية بطبيعتها، لأنها تحول دون صدور قوانين مخالفة للدستور، وتكفل استقرار المراكز القانونية التي تنشأها هذه القوانين لو تعدلها.

بيد أن لهذه الرقابة عيوبها التي تتصل بأوضاع تطبيقها، ومثالبها الكامنة في طبيعتها.

### المطلب الأول

#### أوضاع تطبيق الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها

٣٨٧- لا تصلح في الدول النامية الرقابة على القوانين قبل إصدارها. ولا زال نجاحها محدودا في الدول العربية التي طبقتها كالجزائر والمملكة المغربية وموريتانيا. ولئن طبقتها لبنان، إلا أن قوة الديمقراطية فيها واتساع قاعدتها، هي التي وفرت للرقابة السابقة فيها، فرص ثرائها وتأثيرها في أوضاع مجتمعها.

ومع ذلك تظل الرقابة السابقة -ركأصل عام- واهية متراجعة في الأعم من تطبيقاتها، خاصة في دول القارة الأفريقية التي كان نموذج الرقابة السابقة المعمول به في فرنسا، مثالا لها. وتدخلها في الدول النامية التي اعتنقتها، مرده أن هذه الرقابة لا يحركها الأفراد، بل نثيرها الطبقة

(١) من بين هؤلاء الأستاذة فوزية عبد الستار التي تجذب مع آخرين الرقابة السابقة التي يتصورون أنها تحدا عن القوانين شبهة مخالفتها للدستور عن طريق منحصر جهة الرقابة على الدستورية لأحكامها قبل أن تسجل هذه القوانين مرحلة التنفيذ.

السياسية التي نص عليها الدستور كرئيس مجلس الوزراء، أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس الشيوخ، وجميعها جهات لا يحثها كثيرا الفصل في دستورية النصوص القانونية التي أقرها المشروع بالنظر إلى تضامنها في مصالحها، أو حتى توافئها فيما بينها، ولو جاوزت هذه النصوص أحكام الدستور بصورة ظاهرة.

وتظل الرقابة السابقة محبة في جوهرها، ولو خول الدستور الحق في تحريكها لعدد من أعضاء السلطة التشريعية كسنتين من نوابها أو من شيوخها. ذلك أن وجود مثل هذا العدد، يفترض معارضة قوية لها أنصارها البارزين والراغبين في الاعتراض على السياسية التشريعية التي انتهجتها الأغلبية البرلمانية، ومحاسبتها عنها أمام قضاة الشريعة الدستورية من خلال الطعن في القوانين التي أقرتها، حتى إذا قرر هؤلاء للقضاة مخالفتها للدستور، لكسبها ذلك ثقة هيئة الناخبين بها بما ينزهها على تصور مجابقتها للأغلبية البرلمانية بناء على أغراض حزبية، ويدل على أن صراعها معها كان من أجل القيم التي حرص الدستور على تثبيتها.

وفي ذلك إثراء للحياة السياسية من خلال آفاق جديدة تنهيا بها فرص تبادل مواقفها مع الأغلبية البرلمانية من خلال عملية التداول المشروع للسلطة، فلا تؤول لخير الأجر بثقة هيئة الناخبين.

وشئ من ذلك يندر أن يتحقق في الدول النامية التي تتولى السلطة فيها أغلبية حزبية طاعية. ولا يزيد دور المعارضة فيها عن أن يكون شكليا. ذلك أن هذه المعارضة كلما تظفر بعدد من المقاعد يؤهلها لإثارة الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها<sup>(١)</sup> فوجودها في المجالس النيابية ليس إلا هامشيا نتيجة قهر الأغلبية البرلمانية لخصومها، وتحريفها حق الاقتراع لصالح أنصارها.

كذلك نفترض الرقابة السابقة رأيا عاما يقظا تعنيه الديمقراطية في أعصق مظاهرها. وأخصها ضمان حق الاقتراع بما يكفل حرية هيئة الناخبين في اختيار من تراه أقدر على الدفاع عن مصالحها.

(١) في فرنسا يجوز لمئتين نائباً أو مئتين شيخاً الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها أمام المجلس الدستوري الفرنسي. ويستحيل أن يتوافر هذا الحد من المقاعد للمعارضة في الدول النامية.

فإذا فاز نفر من المرشحين بتقته، كانوا مسؤولين أمامها عن أخطائهم وعثراتهم. فلا تقسّ السلطة التشريعية في قبضة السلطة التنفيذية، ولا تندمج معها، أو يتضاعل شأنها إلى جانبها، وإنما تساوئها في وزنها، وتشاركها في سعيها لتحقيق آمال المواطنين وطموحاتهم، وفي مسؤوليتها السياسية أمام هيئة الناخبين، وكذلك في صونها لأحكام الدستور.

ولا كذلك الأمر في الدول النامية التي قلما يشكل مواطنوها رأيا عاما صلبا يرصد أخطاء السلطة، ويسقطها من خلال حق الاقتراع.

ذلك أن المواطنين في هذه الدول مطاردون بالقهر أحيانا، وبضغوط احتياجاتهم اليومية طورا آخر. والسلطة ترصد حركتهم، وتصنفهم بين مؤيد لها ومعارض لسياستها. وغالبا ما تغدق على مؤيديها بقدر إيدائهم لمعارضيتها. فلا يستقيم جوهر الديمقراطية؛ ولا تتوافر للشرعية الدستورية، بيئة صافية تزدهر من خلالها. وقد ينظر إليها بوصفها ترفا زائدا، وأحيانا بقدر كبير من الريبة.

### المطلب الثاني

#### العيوب الكامنة في الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها

٣٨٨- وكما تؤثر الأوضاع الواقعية التي تحيط بالرقابة السابقة، في فرص نجاحها، فإن لهذه الرقابة كذلك عيوباً ذاتية كامنة فيها. ذلك أن هذه الرقابة تواجه النصوص القانونية المطعون عليها في تصوراتها المجردة. ولا شأن لتقييمها بالأوضاع العملية المترتبة على تطبيقها، وكأنها بذلك رقابة في غرفة مظلمة لا يصلها ضوء الخبرة العملية للناجمة عن الآثار التي أحدثتها هذه النصوص في مجال تطبيقها.

ومن ثم تعزل النصوص المطعون عليها في مجال تقييم صحتها أو بطلانها، عن واقعها منظورا في تقديره إلى الأوضاع التي عايشتها. فلا يتم الفصل في دستوريتها وفق ما أظهره العمل من مثالبها، وإنما من خلال لفراض أو تصور ما قد ينجم عن تطبيقها من آثار.

ولا شبهة في عمق الفروق بين ما هو قائم، وما هو مفترض. ذلك أن ما هو قائم هو الحقيقة الواقعة. وما يفترض من آثار ترتبها النصوص المطعون عليها، ليس إلا تصورا نظريا.

كذلك تؤول الرقابة السابقة على القوانين قبل إصدارها، إما إلى تقرير صحتها أو إلى إبطالها. فإذا قرر قضاء الشرعية الدستورية براءتها من العيوب الدستورية، لزمها هذه البراءة ولو قام الدليل بعد تطبيق هذه القوانين عملاً، على خطورة الآثار التي أحدثتها في العائق القانوني التي أنشأتها أو عدلتها. فلا تكون الرقابة على الشرعية للدستورية غير رقابة قاصرة لا تظهر فيها حقائق النصوص القانونية المطعون عليها من جهة تطبيقاتها اليومية لتناقض نتائجها واقع الحياة التي تعيشها هذه النصوص وتتفاعل معها، فلا يكون لها من شأن بمثلها الواقعية.

وفضلاً عما تقدم، فإن خطورة الرقابة على القوانين قبل إصدارها، مردداً أن العوامل التي تحركها سياسية في طبيعتها، ويراد بها أن يحل هذا النوع من الرقابة محل المراجعة القضائية للقوانين بعد العمل بها، وهي أكثر فعالية وككل لصون الحقوق المنصوص عليها في الدستور. ولا يتصور كذلك أن تقوم هاتين الرقابتين إلى جولة بعضهما البعض. ذلك أن الرقابة السابقة -التي لا يحركها الأفراد، وإنما تستهضمها الطبقة السياسية التي عينها الدستور- تنصل بصفة نهائية فسي دستورية القوانين المحالة إليها، سواء بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور.

ولا يجوز بعد هذا الفصل، مراجعتها من جديد على ضوء أوضاع تطبيقها والآثار العملية التي أحدثتها. ومن ثم تتكفل المراجعة اللاحقة وتضيق دائرة النفاذ إليها، وعلى الأخص كلما كان عدد القوانين التي تعرض في إطار الرقابة السابقة للفصل في دستوريته، هو الأكبر. وهو اتجاه قد حرص عليه السلطة السياسية بقصد تمرير أكثر القوانين التي أقرها البرلمان، فلا يزنها فضلة الشرعية الدستورية بالقسط، ولا يمعنون في بحثها بالنظر إلى قصر الأجل التي يتعين عليهم الفصل خلالها في دستوريته. وهو ما يسم الرقابة السابقة ليس فقط بتصورها عن ضمان حقوق المواطنين بصورة فعلية، وإنما كذلك بتسرعها.

ولا كذلك الرقابة اللاحقة التي تمحص دستورية القوانين من منظور حقائقها الواقعية، ويحركها الأفراد المعنيون مباشرة بالأضرار التي أصابهم بها هذه القوانين، فلا يتوخون غير تصحيحها. وطريقهم إلى ذلك هو الخصومة الدستورية التي يوجهونها وفق مصالحهم. وهي خصومة تمنعهم الرقابة السابقة منها، وتقصرها على للنخبة السياسية في أعلى قممها. فلا يكون المواطنون شركاء في هموم أمتهم؛ ولا يسهمون بيقظتهم في فرض الرقابة الشعبية على مجالسهم التمثيلية. وإنما تباعد الرقابة السابقة بينهم وبين مشكلاتهم بعد أن أغلق الدستور أمامهم منافذ

عرضها. وتلك آفة حقيقية في الرقابة السابقة التي تنتهج بملامحها المياسية سواء في شروط تحريكها أو طريقة ممارستها.

ولا تملأ الرقابة السابقة فراغا تقصر الرقابة اللاحقة عن سده، ولكنها تحول دونها إذا أنشأها الدستور بديلا عن الرقابة اللاحقة.

فإذا أقامها الدستور إلى جانبها، فإنها تقوضها. ذلك أن الرقابة السابقة لا تتوخى غير التظنر في دستورية القوانين قبل إصدارها . فإذا اعتمدتها، فإنها تطهرها وبصفة نهائية من شبهة مخالفتها للدستور بما يؤدي إلى تآكل الرقابة اللاحقة مع الزمن، كنتيجة لانحصار مجال عملها في القوانين التي لم تتناولها الرقابة السابقة.

والذين يحرصون على الرقابة السابقة في مصر، لا يتوخون بالترويج لها غير هدم المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن تقريرها في مصر، إما أن يكون بديلا عن الرقابة اللاحقة التي تبأشرها هذه المحكمة وفقا للدستور القائم، وإما أن تقوم معها وإلى جانبها.

فإذا استعاض الدستور بها عن الرقابة اللاحقة، كان ذلك إيدالا لرقابة حقيقية برقابة محدودة الأثر. وإضافتها إلى الرقابة اللاحقة، يقوضها، أو على الأقل يعمل كثيرا من تطبيقاتها، فلا تبقى للرقابة اللاحقة فائدة حقيقية ترتجى منها.

### المبحث العاشر

#### امتناع تولي أعضاء السلطة التشريعية أعمالاً

#### تتأقطن طبيعة عضويتهم بها وتفرغهم لها

٣٨٩- لا يطلق الدستور للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، الحرية النهائية التي تقرر على ضوئها ما تراه هي داخلاً في ولايتها. وإنما يحدد الدستور لكل سلطة نخومها وضوابط ممارستها التي لا يقتصر لطلاقها على المسائل التي حددها الدستور حصراً، وعهد إليها صراحة بها (Enumerated Powers) وإنما يتحدد إطار ولايتها بمجموع المسائل التي ناطها الدستور بها وقصرها عليها؛ وكذلك بما يندرج ضمناً تحتها Implied Powers.

فضلاً عما يعتبر كامناً فيها Inherent Powers؛ أو نتيجة مترتبة بالضرورة على الاختصاص المقرر صراحة لها Resulting Powers<sup>(١)</sup>. بما مؤده أن الولاية التي كفلها الدستور لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية تحيط بكل المسائل التي تنقل وطبيعة المهام التي تقوم عليها؛ وكذلك بما يعتبر من لوازمها التي لا تنفصل عنها، بل تشكل جزءاً منها يتكامل معها ويتممها.

فالاختصاص المقرر للسلطة التنفيذية في إبرام المعاهدات الدولية، يخولها إلحاق القاليم بها وضمها إليها من خلال معاهدة دولية؛ وكذلك إدارتها والافتراء بحكمها وتنظيم شؤون شعبها.

والسلطة التشريعية في نطاق ولايتها الصريحة والضمنية، وعلى ضوء ما يعتبر كامناً فيها، أو نتيجة مترتبة عليها، أن تختار كل الوسائل اللازمة عقلاً لإنفاذ اختصاصاتها وتفعيلها.

(١) يعتبر كامناً في اختصاص السلطة القضائية بالفصل في الخصومة التي تطرح عليها، اختصاصها بتوقيع العقوبة على من يظنون بالنظام في جسامتها، أو يرتكبون جريمة التحقير بها.

Michaelson v. United States, 266 U.S. 42 (1924).

وفي ذلك يقول القاضي Field إن سلطة المحكمة في توقيع العقوبة على من يحقرونها، هي سلطة كامنة في المحاكم جميعها ذلك أن وجودها لازم لضبط النظام في إجراءاتها القضائية، ولتنفيذ أوامرها وأحكامها، ومن ثم لإدارة العدالة إدارة فعالة [505 (1874) U.S. 86]. [19 Wall.]

وفي نطاق ولايتها هذه، تنظم السلطة التشريعية كل المسائل المتعلقة بحقوق الأفراد وحررياتهم؛ وكذلك ما يتصل بشئون الاقتصاد، وبالسطة القضائية؛ لضمان استقلالها وحيديتها وتحديد قواعد تنظيمها وتوزيعها؛ وبنزاع ملكية بعض الأموال من أصحابها؛ وبتحديد الجرائم وعقوباتها؛ وبفرض المكوس على اختلافها؛ وبوسائل دعم التجارة وترويجها، وبإلغاء ديون الدولة، وبإصدار أنون الخزنة لصالحها Treasury notes؛ وبإلغاء شرط الوفاء بالعقود ذهباً؛ وبإصدار قوانين خاصة لتنظيم الفصل في بعض القضايا؛ وغير ذلك من المعامل التي يجوز أن تشرع فيها كفرضها لرقابتها على النقود، والإذن بصكها.

بما يؤكد حقيقة قانونية مفادها أن ولاية السلطة التشريعية عريضة في اتساعها، وإن كلن لا يجوز لها اعتبار بعض الأشخاص مذنبين قبل أن تدينهم محكمة تكون كذلك في تشكيلها وضموماتها Bills of attainder.

كما لا يجوز لها تقرير قوانين جنائية رجعية الأثر Ex Post Facto law<sup>(١)</sup>، أو تقرير عقوبة مفرطة في قسوتها، وغير ذلك من المسائل التي منعها الدستور من التدخل فيها، كحقوق السلطة التنفيذية في عقد قروض بغير موافقة السلطة التشريعية.

وإذ يحجز الدستور السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، في ممارستها لاختصاصاتها الشاملة، فذلك هو الأصل. ذلك أن كلا منهما، تنفرد بوظائفها التي تلتزم مع طبيعة المهام التي تقوم عليها، وبموظفيها الذين يتبعونها، فلا يباشرون عملاً لغيرها. فضلاً عن أن ضمان استقلال أعضاء السلطة التشريعية، من الشروط الجوهرية التي تكفل حرية ممارستهم للشؤون التي يتولونها؛ وأخصها أن المجالس التمثيلية تقوم بطبيعتها على الحوار وتبادل الآراء فيما يعرض عليها أو داخل لجنتها، وعلى الأخص ما تعلق بتقدير مشروع قانون مقترح، سواء بقبوله أو بانتقاده.

ولا يجوز بالتالي مناقشتهم فيما أبدوه من آراء أو طرحوه من أقوال؛ ولا الخوض في مضمونها أو دوافعها، وإلا كان ذلك تخطفاً في حريتهم في مجال عرض الآراء التي يؤمنون بها

(١) لا يدخل في إطار القوانين الجنائية رجعية الأثر، تغيير مكان محاكمة الشخص بعد ارتكابه الجريمة.  
Cook v. United States, 138 U.S. 157, 183 (1891).

والإصرار عليها، وتقديم الوثائق التي تؤيدها The speech-or-debate clause. وإن كانت حريتهم هذه لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن العملية التشريعية، وإن كان لا يجوز إعاقتها، أو تأخير دوافعها، أو تجريح المتدخلين فيها؛ إلا أن ذلك يفترض مطابقة سلوكهم للقانون.

ولا كذلك الرشوة التي يقبلها عضو في البرلمان بقصد توجيه الحوار في موضوع معين وجهة بذاتها؛ أو لضمان تصويته فيه على نحو معين. ذلك أن الارتشاء ليس جزءا من العملية التشريعية. ويستحيل تصويره باعتباره واقعا في نطاقها<sup>(١)</sup>.

وشأن الارتشاء، شأن كل عمل يصدر عن عضو بالبرلمان ممالا لغيره، ولو لم تعد عليه من هذا العمل أية فائدة شخصية. ذلك أن الأقوال أو الأفعال التي تصدر عن البرلمانين، يتعين ألا تحكمها أو توجهها ضغوط أيا كان نوعها، ولا أن يكون الانتهاز أو التضليل مدخلا إليها، ولا أن تتمحض تجارة يتربحون منها؛ ولا أن تتناقض -بوجه عام- للتجرد والحييدة اللتين ينبغي أن تنسم بها تصرفاتهم جميعها لدخل البرلمان، كشرط كامن في طبيعة وظائفهم التي لا يخل بها أن يقوموا بمهام مؤقتة في لجان تعطيهم أجرا عنه؛ أو أن يكونوا أمناء لتنفيذ بعض الوصايا، أو زائرين غير منقرخين للتدريس في معاهد علمية.

ولا يجوز بالتالي أن يتولى عضو بالسلطة التشريعية، وظيفة أو عملا خارجيا -ولو لم يكن حكوميا- كلما جرد توافر هاتين الصفتين فيه، الآراء التي يبنيها من حينها، أو قوض واجبه في مراقبة أعمال السلطة التنفيذية، ومحاسبتها عن أخطائها، بما لا يحقق لصوته استقلالا يتوقى به الانزلاق إلى المحاباة أو اللولوغ في المغامرات الشخصية، أو التلون بلون السلطة بقصد مهادنتها.

وما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور، من أن للعاملين في الحكومة أو في القطاع العام أن يرشحوا أنفسهم لعضوية السلطة التشريعية، وأن يفوزوا بمقاعد مع احتفاظهم بوظائفهم وأعمالهم في جهاتهم الأصلية، مؤداه أن الفائزين بالمقاعد البرلمانية، لا يتفكون عن جهاتهم الأصلية الملحقة بالسلطة التنفيذية غالبا. وإنما يتبعونها. ولا ينفصلون كذلك عنها، بحكم خضوعهم وظيفيا وإداريا لرؤسائهم فيها. فلا يستألون جهاتهم هذه عن أخطائها، ولا يولجونه انحرافها بالصرامة للكافية. بل إن جهاتهم تلك توفر فرص إرشائهم من خلال المزاي -الوظيفية وغيرها- التي تخضعها عليهم.

(١) United States v. Helstoski, 442 U.S. 477 (1979).

فلا يكون موقفهم منها غير انحياز لها، دائرا في حلبة توجهاتها، وملتبثا عن قصور أدائها، ولم قام الدليل لديهم على خطئها أو جنوحها، أو إضرارها بمصلحة لها شأنها.

كذلك يحل نص المادة ٨٩ من الدستور، إلى للقانون لبيان الأحوال التي يجوز فيها لعضو السلطة التشريعية أن يكون غير منقرغ لشنونها، بما يوزع جهده بينها وبين الأعمال الأخرى التي رخص له المشرع في القيام بها أو توليها.

وفى ذلك إغراق في إلهاء أعضاء السلطة التشريعية عن واجباتهم الأصلية التي أنابتهم هيئة الناخبين عنها في مباشرتها، فلا ينصرفون إليها، بل يتخلون عنها بصورة كلية أو جزئية. وكثيرا ما يجنحون إلى تفضيل مصالحهم في الأعمال العرضية التي يتولونها، فلا تستقيم عضويتهم من شوائبها. ذلك أن الأصل هو ألا تكون لهم مصلحة في عمل أو إجراء أو تعاقد يؤثر في حيدة أصواتهم أو يبال من قدرتهم على مجابهة المسائل التي تناقشها السلطة التشريعية وإبداء رأيهم فيها في حرية كاملة وبغير تدخل من أحد. وكان منطقيا بالتالي أن تمنعهم المادة ٤٩ من الدستور خلال مدة عضويتهم، من شراء شيء من أموال الدولة أو استجاره، وأن تحظر عليهم كذلك أن يبيعونها أو يوزونها شيئا من أموالهم أو يقايضونها عليها، أو يتعاقدون بوصفهم ملتزمين أو مقاولين أو موردين.

ولئن كان الحظر المقرر بنص المادة ٤٩ من الدستور، يتناول صورا من التعامل يفترض أن يفيد أعضاء البرلمان من الدخول فيها؛ إلا أن تعميم هذا الحظر ليشمل كافة الأعمال التي يؤثر توليها في الأداء الأهم لواجباتهم، أو يخل بمسئوليتهم قبل هيئة الناخبين، يكون واجبا كذلك من باب أولى. ولا يجوز بالتالي -ولو بنص في الدستور- تفويض استقلال البرلمانين، ولا أن تنتهيا لهم الفرص التي يخل بها ضبط العملية التشريعية بما يعطل أو يقيد جرياتها في الحدود المفترضة فيها. ذلك أن القيم التي يحتضنها الدستور يتعين ضمان سريانها في النظم القانونية جميعا. والدستور لولاها بالازول عليها بحكم كونه وعاء للقيم ومصدر أكثر جواذبها. وهي قيم يفترض

أن تتكامل لا أن يمحو بعضها البعض، ولا أن يسقطها نص ولو ورد في الدستور، وإلا صار هذا النص بطلاناً<sup>(١)</sup>.

وما السلطة التشريعية في تكوينها وكيفية مباشرتها لولايتها، غير إطار للتعبير بصدق عن إرادة هيئة الناخبين، فإذا حرقها أعضاؤها مخالطة أو إهمالا، اختل ببيان السلطة التشريعية لتكون محصلة جهدها قوانين ظاهرة البطلان، أو على الأقل قوانين لم يصنوا مناقشتها وصرفوا اهتمامهم عنها.

### المطلب الأول

#### ضرورة فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية

٣٩٠- ما أن يقوم الدستور سلطة تشريعية إلى جوار السلطة التنفيذية حتى يثور التساؤل حول حقيقة وماهية الروابط التي تجمعهما، ذلك أن الدستور وإن فصل بينهما جعلهما سلطتين متكافئتين قدر Co-equal branches لا يمتزجان أو تتداخلان؛ إلا أن الحقائق التاريخية التي يشهد بها القانون المقارن، تدل على توحيدهما بوجه أو بآخر، وأن الفصل بينهما لم يكن فصلا حقيقيا، بل كان تصوريا، وعلى الأقل في الدول حديثة الاستقلال والدول الأقل نمواً، والتي يشهد تاريخها بأن اندماج هاتين السلطتين في بعض، كان هو الأصل.

وهو ما تحقق على الأخص من خلال ذوبان السلطة التشريعية في السلطة التنفيذية التي تبسط قوتها على كثير من مظاهر الحياة، معتمدة في ذلك بغطاء من القوانين التي تحيط نفسها بها، أو حتى دون قانون، ومن خلال التحكم.

وقد كان توحيد السلطة قائما حتى في العهود القديمة. وهو ليس بالتالي بظاهرة حديثة. ذلك أن مقاليد الحكم كان يتولاها شخص يقبض عليها -ملكا كان أو أميراً أم إمبراطوراً- باعتباره مفوضا من الآلهة في القيام عليها. فلا تدور البطلة إلا حوله، وهو بذلك مصدرها.

(١) Donald P. Kammers, The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p.p. 48- 49.

ولا كذلك الأشكال المعاصرة لتوحد السلطة التي لا تقوم على جنبها في كل عناصرها، وإنما تتولاهما منفردة قوة تحيط نفسها بمظاهر القوة، وتعمل من خلال دائرة مصفوفة تضمها إليها لا ينخلها غير الاصفاء الذين تمنحهم -ويقصد الإيهام بولجتها ديموقراطية تحرص عليها- جانباً ضئيلاً من عناصر ولايتها. فلا تتركز السلطة بكاملها في يدها. وقد تحقق توحد السلطة في كثير من الدول حديثة الاستقلال من خلال ثورة قام بها الجيش غايتها الظاهرة للعمل على تحقيق العدالة الاجتماعية، وضمان الحقوق السياسية التي لم يظفر المواطنون بها. ولئن حرص قادة هذه للثورة على الدفاع عن قضية الديمقراطية من أجل تكوين نظم مدنية في خصائصها محل مطمحهم بعد فترة من الزمن يحدونها؛ إلا أن تخليهم عن هذه النظم وتسويقهم في بناء أسسها، كان واقعا حيا دل على رغبتهم في احتكار السلطة بالخداع حتى لا يعود الثوار إلى تكلفتهم يوما، مثلهم في ذلك مثل الفاشيين والشيوعيين والنازيين الذين قفزوا إلى السلطة بصور مختلفة ولم يبرحوا بذرائع شتى تتردد بين كونهم الصفوة المختارة التي يوجهها فوهرر يترجم الآمال الوطنية ويكفلها؛ وبين كون البروليتاريا هي الطبقة الوحيدة التي تعمل في كفاحها ضد الرأسمالية على تصفية صور الاستغلال على اختلافها؛ وبين مزج حياة الفرد بالقيمة الأعلى التي تمثلها الدولة في حركتها الجماعية.

ولما كان شكل توحد السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدول المعاصرة، فإن رصد مخاطره يدل على أن التوازن بينهما لم يعد قائما، وأن استقلال السلطة التشريعية وحريتها في العمل صار وهما، وأن ولاهما صار للسلطة التنفيذية لا لهيئة الناخبين. ذلك أن هذه السلطة هي التي منحها وجودها من خلال مساندتها لأعضائها الذين رشحتهم بنفسها في الحملة الانتخابية، مستفزة قواها لمحق خصومهم ليظفروا من دونهم بأكثر مقاعد السلطة التشريعية.

وتلك هي الأغلبية البرلمانية التي تصطنعها السلطة التنفيذية بوسائلها، وتقياها في دائرة ضوئها حتى تكون مجرد تعبير عن صوتها. فلا تظهر في الحياة السياسية غير سلطة تنفيذية دائمة بقوتها، وسلطة تشريعية متراجعة بولايتها، مهيضة قدراتها، متوارية في الظلال، لتأخذ القوانين التي تقرها صورة السلطة التنفيذية من خلال تحقيق توجهاتها ومطالبها، أيا كان مضمونها، بما يحيل التوازن بين هاتين السلطتين إلى تفاضل يقدم السلطة التنفيذية على التشريعية. فلا تعمل هذه بتقويض من الجماهير، وإنما بتقويض من السلطة التنفيذية التي تدين

في وجودها . وليس للسلطة التشريعية بالتالي من مكان إلى جوارها. بل هي دائما خلفها، لا تبصر سواها، وأذناها لها.

### المطلب الثاني

#### حدود الحصانة البرلمانية

٣٩١- تكفل النماذج بوجه عام حصانة برلمانية في شأن الآراء والأفكار التي يبدونها أعضاء السلطة التشريعية أثناء أدائهم لوظيفتهم بها سواء خلال جلساتها أو داخل لجانها<sup>(١)</sup>.

وتبدو أهمية هذه القاعدة من ناحيتين:

أولاهما: أنها تحول دون تدخل السلطة التنفيذية فيما يصدر عن أعضاء السلطة التشريعية من أقوال أو أفعال أثناء مناقشتهم المسائل التي تنظرها.

ثانيتهما: أنها تكفل لهؤلاء الأعضاء التركيز على واجباتهم بصفتهن ممثلين لهيئة الناخبين التي أدبتهن عنها في مباشرة الوظيفة التشريعية. فلا يتخلون عن مسؤوليتهم قبلها، ولا يصرفهم عنها خوفهم مما قد تتخذ السلطة التنفيذية قيلهم من تدابير بقصد إيهان عزلتهم، أو لحملهم على تجاهل سوء تصرفاتها، أو لمنعهم من انتقاد رموزها أو تجريدها، بما يؤول في النهاية إلى تبعيتهن لها.

ومن ثم كان منطقياً أن ترتبط الحصانة البرلمانية -في مفهومها وغاياتها- بما يصدر عن أعضاء البرلمان من أقوال وأفعال اتصالاً بالمهام التشريعية التي يتولونها، وبما يكفل صدق أدائها واتصال حلقاتها.

وتعتبر أعمال اللجان البرلمانية جزءاً من العملية التشريعية، يمهّد لها وينير الطريق إليها، ويستكمل ما نقص من مقوماتها، سواء تطلق الأمر بتقييم مشروع قانون معروض عليها، أو بأوضاع تريد تلخيصها في موضوع معين<sup>(٢)</sup>.

(١) تنص المادة ٩٨ من الدستور المصري على أنه لا يجوز أن يؤخذ أعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء في أداء أعمالهم في المجلس أو في لجانه

كذلك تعتبر أعمال التحقيق التي تجريها هذه اللجان، وثيقة الصلة بالوظيفة التشريعية ذاتها. ويندرج اختصاصها في ذلك -ضمنًا- في المفهوم العام للسلطة التي يباشرها البرلمان.

ذلك أن السلطة التشريعية لا يسعها أن تبأشر المهام التي ألقاها الدستور عليها إلا على ضوء معلومات تنفذ إليها، وحقائق تبصرها، ومفاهيم تتحراها، وظروفا تتعمقها، كي تكون قراراتها وتشريعاتها قريبة قدر الإمكان من واقعها، مرتبطة عقلا بها، بما يجعل تشكيلها لهذه اللجان وتكليفها بمهام تتصل بوظيفتها التشريعية، جانباً ضرورياً من متطلباتها، يتكامل معها ويتممها، وحققاً ثابتاً لها يكفل فعالية أدائها لهذه الوظيفة وتحوضاً في مباشرتها، ولو لم ينص عليه الدستور<sup>(١)</sup>.

The exercise of its legislative functions effectively and advisedly.

ومن ثم صرح القول بأن سلطة التحقيق البرلماني، وما يقترن بها من أعمال نتيجة هذا التحقيق، هي سلطة ضرورية توفر أداة ملائمة للمعاونة في العملية التشريعية<sup>(٢)</sup>.  
An essential and appropriate auxiliary to the legislative function.

ذلك أن المجالس النيابية لا تحوز في يدها كافة الوثائق والحقائق التي تلزمها لإقرار مشروع قانون أو لتعديل قانون قائم. وعليها بالتالي أن تحصل على بياناتها من المصادر التي تملكها، والتي لا تقدمها غالباً بمبادرة منها، وإنما من خلال قهرها على إعطائها.

(١) شكل مجلس النواب الأمريكي أول لجنة برلمانية لتقصي الحقائق في عام ١٧٩٢. وذلك للتحقيق في أسباب هزيمة الجنرال St Clair وجيشه من الهنود في الشمال الغربي للولايات المتحدة الأمريكية. وقد خول هذا المجلس اللجنة التي شكلها حق استعاء الأشخاص والحصول على الأوراق والسجلات التي تراها ضرورة لمعاونتها في الدبوض بتحرياتها.

(٢) لا يتضمن الدستور الأمريكي أى نص يخول مجلس النواب أو مجلس الشيوخ إجراء تحقيقات أو الحصول على شهادة من أى شخص يتوخى بها الكونجرس بمجميه مباشرة الوظيفة التشريعية بفعالية وتبصر. وقت باشر البرلمان الإنجليزي هذا الحق. وكذلك المجالس النيابية للمستعمرات الأمريكية قبل تبنيها الدستور الأمريكي:

Landis. Constitutional limitations on the congressional power of investigation, Harvard law Review. 153. 159- 160 (1926).

(٣) Watkins v. United states. 354 U.S. 178, 187 (1957).

وحتى لو عرضوا اختياراً تزويد البرلمان بما لديهم من حقائق، فإن بياناتهم بشأنها قد تكون قاصرة أو غير دقيقة. فلا يطمأن إليها إلا أن بعد أن تنقضي اللجان البرلمانية تحرياً لصحتها.

ولا زال ينظر إلى هذه اللجان باعتبار أن حصولها بطريقة جبرية -على كل معلومة تطلبها في نطاق المهام التي حددها المشرع لها- ليس فقط كضرورة تقتضيها العملية التشريعية ذاتها، وكإجراء ملائم للنهوض بها *A necessary and appropriate to the power to legislate*؛ وإنما كذلك على تقدير أن عمل تلك اللجان يلتزم بالعملية التشريعية ويتداخل فيها *Inhering in the legislative process*.

ولئن واجه الناس أحياناً عمل اللجان البرلمانية المشار إليها بموجة من العداء بالنظر إلى إقحامها نفسها في مسائل يختصون بها، ويرفضون إطلاع أغيار عليها؛ إلا أن تشكيلها ظل حقاً ثابتاً للمجالس النيابية جميعها، واختصاصها في المسائل التي تحققها بعيد في مداها.

فلا يقتصر بحثها على نوع من المصالح دون غيره؛ ولا على صور من مظاهر التصور في العمل العام دون سواها؛ ولا على نقصى الكيفية التي تدار بها القوانين القائمة، أو يصاغ بها مضمون مشروع تدعو الحاجة إلى إقراره؛ وإنما يجوز أن يشمل اختصاصها كل صور العوار التي تواجهها النظم القائمة، بغض النظر عن طبيعتها السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية حتى يعيد البرلمان تقييمها ويصلحها. ويقدم بالتالي أو يحجم عن مشروع القانون المطروح على ضوء نتيجة عملها<sup>(١)</sup>.

على أن اتساع سلطة اللجان البرلمانية لا يعنى أنها غير مقيدة. ذلك أن استخدام هذه اللجان لسلطاتها رهن ليس فقط باتصالها بالعملية التشريعية، وإنما بكونها عاملاً معاوناً في حصن أدائها. ولا يجوز بالتالي أن تجاوز سلطاتها الحدود التي لا تبلغها الملطة التشريعية نفسها<sup>(٢)</sup>.

وليس لهذه اللجان بالتالي -شأنها في ذلك شأن البرلمان- أن تتدخل في خواص الحياة وأعمق مكوناتها، ولا أن تحقق في غيرها من المسائل التي لا يجوز أن يشرع البرلمان فيها،

(١) Barenblatt v. United states, 360 U.S. 109, 111 (1959); See also Eastland v. United servicemen's Fund 421 U.S. 491, 305- 307 (1975).

(٢) Kilbourn v. Thompson, 103 U.S. 168, 189 (1881).

كتقصيها معسائل يدخل الفصل فيها في ولاية السلطة القضائية دون غيرها. ويظل اختصاص تلك اللجان منحصرًا في المسائل التي عينها المشرع لها، وبالأغراض التي توخاها من تشكيلها<sup>(١)</sup>.

وقد يشكل البرلمان لجنة للنظر فيما إذا كان عضو به يجوز طرده على ضوء سلوكه. ولها عندئذ أن تستدعي الشهود الذين يكشفون لها عن كل واقعة يمكن أن يؤسس عليها قراره بطرد هذا العضو، كلما كان سلوكه منافيا لواجباته في البرلمان وللثقة المودعة فيه<sup>(٢)</sup>.

وحق اللجان البرلمانية في الحصول على كل معلومة تراها ضرورية لعملها، لا يقتصر على حملها الأفراد على تقديمها هي والأوراق التي تتعلق بها. وإنما يجوز لهذه اللجان أن تحصل عليها من الأجهزة الحكومية على اختلافها بقصد تنويرها السلطة التشريعية في شأن مشروع القانون المعروض عليها.

ويفترض في مباشرة السلطة التشريعية لهذا الاختصاص، أن أهدافها من تكوين هذه اللجان لها صلة بمشروع قانون مطروح عليها، وأن أهدافها هذه جائزة قانونًا.

وقد أُنْ القضاء السلطة التشريعية بتكوين تلك اللجان، ولو لم تكن قد حددت سلفًا وجه استفادتها من تحقيقاتها، أو كيفية تعاملها في بياناتها. وخولها القضاء كذلك سلطة التحقيق -من خلال اللجان البرلمانية- في صور الغش التي دأخلت عقود إجارة لأماكن تملكها الدولة، ولو بعد رفعها للدعوى التي تختصم فيها هذه العقود بقصد إبطالها والتعويض عنها. وحتى بعد رفض المستأجرين تقديم شهادتهم في شأن تلك العقود تأسيسًا على أن أمر الفصل في صحتها أو إبطالها لأزال معلقًا أمام السلطة القضائية، وأن التحقيق البرلماني لا صلة له بالمهام التي تقسم عليها السلطة التشريعية في نطاق وظيفتها؛ فإن هذا الاعتراض من جانبهم لم يشته عن توجيه اللجنة التي شكلتها إلى المضي كما في عملها، وأن تقدم إليها نصيحتها في شأن مشروع القانون اللازم لمواجهتها ما اعتور هذه العقود من خلل<sup>(٣)</sup>.

(١) McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135, 170 (1927).

(٢) In re chapman, 166 U.S. 661 (1897); See also Barry v. United states ex rel cunningham, 279 U.S. 597 (1929).

(٣) Sinclair v. United States 273 U.S. 135, 295 (1927).

ذلك أن الأموال التي تملكها الدولة كانت محلاً لل عقود المشار إليها، ولا يجوز بالتالي الاحتجاج بأن اللجنة التي تتحراما لتقرير حقيقة الأمر بشأنها، تتدخل في الشؤون الخاصة للأفراد. وقد تفرع عن حق السلطة التشريعية في تأمين مصالح بلدها، الحق في تشكيل لجان برلمانية غايتها التحقيق في صور النشاط المعادية للدولة، ومواقعها المختلفة ومصادر تمويلها<sup>(١)</sup>.

ويجوز كذلك في الدول الفيدرالية - وفي إطار شرط تدخل التجارة بين ولايتها - أن تشكل سلطتها التشريعية المركزية لجانا للتحقيق في مظاهر القصور في أعمال كل منظمة نقابية وكذلك في انحرافاتهما<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن المدون على الحقوق المدنية للمواطنين، يخول السلطة التشريعية - وهي تختص بمهامها - تشكيل لجان برلمانية للتحقيق مع كل منظمة أو جهة تعمل في اتجاه إكثار هذه الحقوق.

ولعل أبرز قيد يحد من عمل اللجان البرلمانية، هو أنها لا تحقق لمجرد التحقيق، ولا تظهر من الداس عوراتهم لمجرد كشفها والتعريض بهم<sup>(٣)</sup>.

The is no congressional power to expose for the sake of exposure.

ولكل شخص يدعى للشهادة أمامها للتحقيق في نشاط يقوم به، أن يطلب منها بيان نطاق سلطتها في إجراء التحقيق، ووجه تعلق أسئلتها به. ذلك أن اختصاص هذه اللجان لا يجوز أن يجاوز حدود التفويض الصادر لها من البرلمان. فهو الذي أنشأها ومنحها ولايتها، وحدد القيود عليها. ولا يتصور أن تزيد سلطتها على سلطة البرلمان الذي أحدثها.

وبقدر انبهاهم التفويض الصادر لهذه اللجان، يزداد اتساع سلطاتها إلى حد المدون على حقوق الأفراد وحرياتهم.

كذلك فإن غموض هذا التفويض يفقده مشروعيته. ذلك أن حدوده القاطعة هي وحدها التي تحول دون إساءة استعمال تلك اللجان لسلطتها، وتظهر كذلك ما إذا كان تدخل هذه اللجان واقعا في نطاق إذن المشرع بالتحقيق فيه، أم أن نشاطها تعداه إلى نطاق آخر.

(١) Deutch v. United States, 367 U.S. 456 (1961).

(٢) Huteson v. United states, 369 U.S. 599 (1962).

(٣) Watkins v. United states, 354 U.S. 178, 200 (1957).

وكما أن الدستور يقيد السلطة التشريعية في مجال القوانين التي تترها، فإن الدستور يقيد كذلك عمل هذه اللجان، ويلزمها ولو لم يرد نص بذلك في قرار إنشائها- بضمنان حقوق المواطنين وحرياتهم؛ ويندرج تحتها ألا تحمل اللجان شخصا تدعوه للمثول أمامها على الإدلاء بشهادة قد يدان جانيها بسببها<sup>(١)</sup> ولا أن تأمر بتفتيش أوراق يحوزها أو أشياء تتعلق به بغير إذن قضائي ولا أن تقيد حريته بغير الوسائل للقانونية المليمية<sup>(٢)</sup>.

وكلما قام الدليل على أن عمل اللجان البرلمانية لا يرتبط بفرض غير مشروع، فإن إسباغ الحصانة البرلمانية على أعمالها الواقعة في نطاق غرضها، يكون واجبا؛ شأنها في ذلك شأن البرلمانيين الذين تقتضى وظائفهم ألا يعاونوا ناخبا في الحصول على مزايا لا يستحقها، أيا كان نوعها؛ ولا أن يقبلوا رشوة من أحد لضمان تصويتهم من اتجاه دون آخر؛ ولا أن ينشر أحدهم علانية تقريرا صدر عن لجنة برلمانية، ولو كان هذا التقرير متداولاً بين أعضاء البرلمان، أو كان يردد أقوالاً دونتها هذه اللجنة في تقريرها، كلما تناول ذلك التقرير أشخاصا أسفر التحقيق معهم عما يشينهم.

فاللجان البرلمانية لا تتفصل جوهر مهامها عن تلك التي تقوم عليها السلطة التشريعية. ويكفل الدستور الحصانة البرلمانية لأعضاء هذه اللجان في الحدود ذاتها التي يضمنها للبرلمانيين أنفسهم. حتى يكفل لها ولهم حريتهم في التعبير عن آرائهم بالكلمة وبالفعل، لتتعلق عملية الحوار والاتصال فيما بينهم، وتحرر من عوائقها *The deliberative and communicative processes*. ولا يتصور بالتالي إطلاق الحصانة البرلمانية من أوصافها التي تقيدها؛ وإنما يتحدد منطقتها بالعملية التشريعية ذاتها؛ وإطرها العام بكافة الحقوق التي ترتبط بها؛ ووسائلها بكل الآراء فُسي تفاعلها وتقبلها سواء في ذلك ما ألقى منها بلغة هادئة، أو بعبارة جارحة، بغوغائية مفرطة أو بعقلانية ناضجة، بعق كامل أو بنظرة سطحية.

(١) *Quinn v. United States*, 349 U.S. 155 (1955).

(٢) *McPhaul v. United States*, 364 U.S. 372, 382 - 83 (1960); *Gojack v. United States*, 384 U.S. 702 (1966).

وليس معقولا ولا مقبولا أن يسألهم أحد عن أعمال وظائفهم التي أدوها بحسن نية، ولا أن يسوقهم إلى القضاء للتعويض عنها حتى لا تتفرق جهودهم، ويتحول اهتمامهم إلى مسائل جانبية تبدد وقتهم.

ولو أنهم سئلوا عن كل كلمة نطقوا بها، وعن دوافعهم إلى النطق بها، وعن كل قرار اتخذوه -صانبا كان أم خاطئا- لا دخل بنيان العملية التشريعية التي تفرض في جوهرها تعلقها بنشاط ينحصر عملا تشريعا Purely legislative Activities.

ولا كذلك سعيهم لاستثمار الوظيفة التشريعية أو التمسك وراءها لإتيان أعمال لا تشملها بقصد تحقيق مغانم شخصية<sup>(١)</sup>.

ذلك أن تصرفهم على هذا النحو يقتضى تأديبهم ويزيل عضويتهم بقرار من السلطة التشريعية نفسها<sup>(٢)</sup> التي لا تتوافر أمامها -وبحكم تكوينها- ضمانة الحيادة والاستقلال اللتين تكفلهما السلطة القضائية فصلا في الخصومة التي تعرض عليها.

ولو قيل بسرمان الحصانة البرلمانية في غير نطاقها، لكان التذرع بها طريقا للانتهاز وقيدا بغير مبرر على السلطة القضائية ذاتها التي تفصل في كل نزاع يعرض عليها من خلال الخصومة القضائية.

ولعل ما تقدم هو ما دعا القضاء المقارن إلى فصل الأفعال والأفعال التي تصدر عن عضو البرلمان فيما لا شأن له بالعملية التشريعية؛ عن نطاق الحصانة البرلمانية، لتشملها الرقابة القضائية.

بل إن هذه الرقابة تتبسط كذلك على الأعمال التي أتمتها السلطة التشريعية في شكل قوانين أو قرار، ليفصل قضاء الشريعة الدستورية في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور، وبغير تعرض منهم لأراء أعضاء السلطة التشريعية بشأنها، أو دوافعهم لإقرارها، أو موقفهم منها.

(١) ومن قبيل هذه المغانم هجومهم في الصحف على خصومهم وتدنيتهم بهم.

(٢) United states v. Brewster, 408 U.S. 501, 518 (1972).

### المبحث الحادي عشر

#### حصر نطاق التفويض التشريعي في أضيق الحدود

٣٩٢- كان يقال قديماً بأن الدستور فصل بين السلطة التشريعية التي اختصها بإقرار القوانين The law-making power وبين السلطة التنفيذية التي عهد إليها بتنفيذها The law-executing power، وبينهما وبين السلطة القضائية التي ناط بها اختصاص تفسير القوانين وتطبيقها في النزاع المعروف عليها The law-interpreting power، وأن الفصل بين السلطة التشريعية وهاتين السلطتين، يقتضيها ألا تفوض إحداها في مسائل تتولاها وتدخل في ولايتها وفقاً للدستور، خاصة وأن تقسيم السلطة بين الأفرع الثلاثة التي نبأشها، مؤداه أصلاً ألا تنقل السلطة التشريعية ولايتها -على الأقل في العريض في مسائلها- لا إلى السلطة القضائية ولا إلى السلطة التنفيذية، ولا أن تحتل لنفسها اختصاص هاتين السلطتين اللتين تتكافآن معها وزناً وقدرًا.

بيد أن فصل السلطة التشريعية عن السلطتين التنفيذية والقضائية، لم يعد اليوم مبرراً كافياً بصادر التفويض في الاختصاص، خاصة وأن التعاون بينها جميعاً يعتبر مدخلاً وحيداً لمباشرة كل منهما للمهام التي تقوم عليها بطريقة أفضل.

ودل العمل كذلك على أن السلطة التشريعية حتى وإن خلا للدستور من نص يخولها أن تفوض جانباً من اختصاصاتها إلى جهة إدارية أو قضائية، إلا أنها عملاً تفوض بعض مظاهر ولايتها إلى غيرها، وعلى الأخص كلما نطرت عليها أن تواجه بتشريعاتها المسائل التفصيلية التي تندرج في قواعدها الكلية، وأن تتكأ سلفاً بأوضاع تطبيقها، أو تحيط بمشكلاتها العملية وبالحوال اللازمة لتطبيقها.

وصار التفويض بالتالي ضرورة عملية قبل أن يكون حقيقة قانونية، وهي ضرورة لا يمكن التغافل عن وجوبها؛ ولا إطلاقها من كل تنظيم بضبطها؛ ويعتبر إطاراً لها.

ونظراً للصعوبة التي لا مراء فيها، هي في بيان الحدود الخارجية لهذا الإطار... فهسل لا يكون التفويض جائزاً إلا إذا كان مقبولا عقلاً بأن كان ولقعا في إطار الحدود المنطقية للتفويض...؟! أم أن المسائل التي يشملها التفويض لا يجوز أن يراقبها قضاء العرعية الدستورية

بالنظر إلى حسابيتها وتعقد دروبها بما يفرض عليهم تجنبها قدر الإمكان؟ أم أن شرط جواز التفويض هو احصاؤه في مسائل جانبية محدودة الأهمية؟

### المطلب الأول

#### شروط جواز التفويض

٣٩٣- ولبيان ما إذا كان التفويض في الاختصاص جائزا قانونا أم محظورا، فلن نثمة قواعد قانونية يتعين إيضاها بصفة مبدئية وهي:

أولاً: أن ولاية السلطة التشريعية تنحصر أصلا في الحدود التي قيدها الدستور بها.

ثانياً: أن تقرير اختصاص السلطة التشريعية بالمسائل التي عهد الدستور بها صراحة لها، لا يحول دون مباشرتها لكل المسائل التي تنفرع بالضرورة عن اختصاصها العام.

فالمراقبة التي تفرضها السلطة على موارد الدولة تتحولها الاختصاص بتنظيم كيفية إنفاقها في مصارفها.

بما مؤداه أن ما يعتبر من الفروع نتيجة مباشرة للأصول التي تجمعها، يكون من لوازمها التي لا تنفصل عنها.

فالسلطة في عموم مفهومها تتناول بالضرورة كل ما يدخل في جزئياتها.

وتلك قاعدة يملئها حكم العقل، ولا مجال لحضنها أو الاعتراض عليها، ولو خلا الدستور من نص يقرها.

ثالثاً: الأصل في المسائل التي لا يأن الدستور للسلطة التشريعية باتخاذ قرار فيها، أو يمنعها عنها، أن تعتبر محظورة عليها<sup>(١)</sup>.

رابعاً: أن ما يندرج ضمنها في إطار اختصاص عام، يكون واقعا في حدوده. فاختصاص السلطة التشريعية بتنظيم الحقوق على اختلافها ويفرض المكوس وتقرير قواعد الإنفاق العام،

(١) Kansas v. Colorado, 206 U.S. 46 (1907).

والقراض النقود وصكها، وتنظيم التجارة مع الدول الأجنبية، ووضع قواعد موحدة في شأن الجنسية والتقاليد، وضمان تقدم الدولة في بحوثها العلمية والعمل على تشجيعها ودعم الفنون المفيدة، كل ذلك وغيره يكون واقعا في إطار الاختصاص العام للسلطة التشريعية بإقرار القوانين التي تتصل بالحياة اليومية لمواطنيها وتكفل رخاءهم، وتحقيق الآمال التي ينظرون إليها.

خامسا: تعتبر السلطة مندرجة ضمنا في إطار الاختصاص العام، ولو لم تكن ضرورية لمباشرة هذا الاختصاص Necessary، وإنما يكفيها أن تكون ملائمة Convenient لتحقيق الأغراض التي يتوخاها.

سادسا: نتناول السلطة الواقعة ضمنا في إطار اختصاص عام مقرر بنص في الدستور، كافة الوسائل التي ترتبط عقلا بتحقيق الأغراض التي يستهدفها الاختصاص العام، وبما لا يخل بالحدود الخارجية لهذا الاختصاص؛ وإلا صار الاختصاص العام لغوا Nugatory.

ذلك أن مباشرة السلطة لولايتها إما أن تكون انحرافا عنها أو تنقيدا بضوابطها. وهي مباشر لولايتها في الحدود التي رسمها الدستور لها، إما بتوليها الأعمال التي حصر الدستور اختصاصها فيها؛ وإما بتصديها لكل المسائل التي تشتق عملا من اختصاصها المحدد حصرا، بما يربطها به بعلاقة منطقية The Derivative Exercise of an Enumerated power فلا تشكل النصوص المحددة للاختصاص تحديد حصرا، مع الوسائل المؤدية عملا إليها، غير وحدة عضوية لا تنقسم لأجزائها.

سابعا: أن كل تفويض بتقيد بالضوابط ذاتها التي تنقيد بها السلطة التشريعية في مجال مباشرتها لولايتها.

ذلك أن هذه السلطة لا يسعها أن تنقل لغيرها إلا الحقوق التي تملكها The legislative power can give away only what is its to give.

فما حظره الدستور على السلطة التشريعية ذاتها يقيد من يتلقى التفويض منها. وإذا كان لا يجوز لهذه السلطة أن تنظم الحقوق بما يناقض جوهرها، وكان لا يجوز لها كذلك طبقا للدستور أن تفصل النصوص القانونية التي أقرتها، عن الأغراض التي توختها من إقرارها؛ فإن الذين يباشرون التفويض يتقيدون بهذه الضوابط ذاتها. ولا يجوز في التفويض المصادر عن السلطة

التشريعية الاتحادية، في الدول الفيدرالية، أن يصل مداه إلى حد الإحاطة باختصاص تشريعي مقرر لولاياتها طبقاً للدستور<sup>(١)</sup>.



تلك هي القواعد التي تحكم ولاية السلطة التشريعية. وعلى ضوءها يمكن القول بأن كل اختصاص مخول للسلطة التشريعية بنص في الدستور، يفيد ضمناً سلطة التفويض في مباشرة هذا الاختصاص بما يكفل تحقيق الأغراض التي يتوخاها<sup>(٢)</sup>.

A constitutionally – granted congressional power, implies a power to delegate authority under it sufficient to effect its purposes

#### المطلب الثاني

#### صور التفويض

٣٩٤- ويتخذ التفويض عادة صورتين:

ففي إحداها يتخذ التفويض صور تقرير قواعد قانونية تكتمل بها ملامح قانون قائم ايظهر في صورته النهائية.

وفي هذه الحالة يقتصر البرلمان على تحديد الخطوط الرئيسية لموضوع معين، تاركاً إلى الجهة التي يعينها الاختصاص بملء الفراغ فيها To fill the details. كتفويل رئيس الجمهورية سلطة زيادة التعريف الجمركية أو خفضها وفقاً للقانون، وكتفويل المحكمة العليا في بلد ما أن تعدل بعض القواعد الإجرائية التي تلتزمها المحاكم الأدنى منها.

وكثيراً ما يحدد القانون الجنائي الإطار العام للجريمة، ويغوض للسلطة التنفيذية في تقرير جوانبها الأخرى التي لم يتناولها القانون بالتنظيم.

(١) Laurence H. Tribe. American constitutional law, second edition, p. 362.

(٢) Lichter v. United States, 33 U.S. 742, 778 (1948).

وقد يفوض القانون وزير الخزانة في تقرير الحد الأدنى من الخصائص النوعية، ودرجة النقاء التي يجب توفرها في السلع الأجنبية المستوردة<sup>(١)</sup>.

وفي الصورة الثانية، تفوض السلطة التشريعية جهة غيرها في سلطة إحياء نصوص قانونية، أو وقفها أو تعديلها، بناء على تغيير يقرر هذه الجهة طروء على العناصر الواقعية التي تقوم عليها هذه النصوص<sup>(٢)</sup> (Contingent legislation).

ويدخل في ذلك أن تقرر السلطة التشريعية قانونا، وتعلق تطبيقه على تحقيق رئيس للجمهورية من واقعة بذاتها، كأن تعلق تنفيذ قانون صدر عنها يكل حرية التجارة بين بلدها والدول الأجنبية؛ على أن يكون تبادل التجارة فيما بينها، مقصورا على الدول الأجنبية التي تصون حقوق الإنسان، أو التي لا تعادياها، أو تناهض مصالحها من وجه آخر.

ومن ذلك أيضا تخويل رئيس للجمهورية فرض قيود على تبادل للتجارة مع الدول التي تخل بحرية تنقلها، من خلال المكوس الباهظة التي تفرضها على السلع التي تستوردها بلده<sup>(٣)</sup>.

ولأن التفويض في السلطة لا يجوز أن يجاوز حدود الاختصاص المقرر للسلطة الأصلية التي صدر التفويض عنها، فإن التفويض يتقيد بالضرورة بالضوابط التي فرضها الدستور على الاختصاص الأصيل.

فإذا كان الدستور قد احتجز مسائل بذواتها لغير السلطة التشريعية أو منعها من تنظيمها، فإن تفويض السلطة التشريعية فيها يكون محظورا. ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة أن تفوض ولاية في إدارة الشؤون الخارجية، ولا أن تخولها الحق في أن تصوغ القوانين المركزية التي تنظم الجندية<sup>(٤)</sup>.

(١) Wayman v. Southard, 23 U.S., 10 Wheat (23 U.S.) 1, 14 (1825); Buttfield v. Stranaham, 192 U.S. 470 (1904).

(٢) United States v. Rock Royal Co- op., Inc, 307 U.S. 533 (1939).

(٣) Field v. Clark 143 U.S. 649 (1892); Lichter v. United States, 334 U.S. 742. 778-779 (1948); The brig Aurora, 11 U.S (7 Cranch) 382 (1813).

(٤) Zschering v. Miller, 389 U.S. 443 (1968).

وقد يلزم الدستور السلطة التشريعية بأن تتولى بنفسها تنظيم مسائل حدها، فلا يكون التفويض فيها جائزا *Non-delegable issues*. ومن ذلك أن الدستور قد يخول رئيس الجمهورية حق إبرام المعاهدات في حدود توجيهات السلطة التشريعية وبموافقتها. ولا يجوز بالتسالي لهذه السلطة -ولو بأغلبية خاصة- أن تشكل لجنة من خارجها تعهد إليها بأمر الموافقة على أية معاهدة دولية يبرمها رئيس الجمهورية أو الاعتراض عليها<sup>(١)</sup>.

وقد يكون حق اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة أو بالإخلال الجسيم بواجبات وظيفته، مقصورا على السلطة التشريعية أو على أحد مجلسيها. فلا تكون هذه السلطة أو هذا المجلس، غير الجهة الوحيدة التي تتولى هذا الاختصاص بلا تفويض<sup>(٢)</sup>.

وفضلا عن المسائل التي ألزم الدستور السلطة التشريعية بأن تتولاها بنفسها، كفرضا لضريبة عامة وفقا لنص المادة ١١٩ من الدستور للقائم في جمهورية مصر العربية، فإن من المحذور على هذه السلطة أن تنقل ولايتها التشريعية بأكملها إلى جهة أخرى *The legislative power as a whole*، حتى لا يكون موقفها من الوظيفة التي لخصها الدستور بها، تسلبا نهائيا منها بتفويض غيرها في ممارستها *Non-transferable delegation*.

كذلك لا يجوز للجهة التي فوضتها السلطة التشريعية في مباشرة اختصاص معين، أن تنظر إلى هذا التفويض باعتباره منصرفا إلى سلطة موزية للسلطة التشريعية، بتكافؤ به مركزها معها. ذلك أن الجهة المتلقية للتفويض، تتقيد بالضرورة بنطاق المسائل التي فوضتها السلطة التشريعية فيها، وبالأغراض التي كلفتها بتحقيقها. فلا تتخذ من الوسائل لضمائها، غير تلك التي ترتبط عقلا بها.

ومن ثم لا تتوافر للجهة المتلقية للتفويض منها، الحرية ذاتها التي تملكها السلطة التشريعية، والتي تخولها النظر في كافة الأغراض التي يجوز أن تستهدفها في إطار ولايتها. وإنما يتعين أن تقيد الجهة المتلقية للتفويض نفسها بتلك الأغراض التي ترتبط بالمهام التي كلفتها السلطة التشريعية بتحقيقها. بما مؤده أن السلطة التشريعية -دون الجهة التي فوضتها- خياراتها المفتوحة في مجال تقدير الأغراض التي يجوز أن تستهدفها *The open-ended discretion to choose ends*.

(١)، (٢) Laurence H. Tribe, *ibid*, pp. 362- 363.

فالأجهزة التي تفوضها السلطة التشريعية في تنظيم أوضاع العمل في صناعة معينة، لا يجوز أن تقرر حرمان غير المواطنين العاملين فيها، من تقلد بعض المهام المدنية بها؛ ولو بادعائها أن لهذه المهام حساسيتها التي تقتضى قصرها على المواطنين. إذ ليس للجهة المتفدية للتفويض ثمة اختصاص في مجال إدارة الشؤون الخارجية، ولا في عقد معاهدة دولية أو التفاوض عليها، ولا في تنظيم شؤون الهجرة أو شروط تلقي الجنسية وكسبها. وإنما يقتصر التفويض الممنوح لها على مجرد تقرير وتنفيذ الشروط والأوضاع الأفضل لأداء العمل في صناعة بذاتها<sup>(١)</sup>.

ويوجه عام، ترتد القيود على التفويض الصادر عن السلطة التشريعية، في أساسها، إلى ما يتطلبه الدستور ضمناً في الحكومة، من قبول الجماهير لتصرفاتها، وتوافقها مع القانون في معناه العام<sup>(٢)</sup> (Consensual government under law). ذلك أن الحكومة بأفعائها التشريعية والتنفيذية والقضائية، لا تبشر إلا سلطة مسؤولة من الناحيتين السياسية والقانونية. ومن الناحية الدستورية، يفترض تعاون السلطة التشريعية مع غيرها من الأفرع، أن تكون خياراتها نابعة من قبول المواطنين لتصرفاتها كأساس وحيد لتدخل السلطة التشريعية المنتخبة في شؤونهم، ويصريفها لها.

ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة، ولا للهيئة التي تفوضها في مباشرة بعض اختصاصاتها، أن تتخذ إجراء أو تدبيراً، ولا أن تقوم بعمل، ما لم يكن ولقها أصلاً في نطاق ولاية السلطة التشريعية التي حدد الدستور نصوصها.

وعلى هذه السلطة، وقبل إقرارها لتفويض أيا كان مداه، أن تعلن أولاً عن سياستها في موضوع معين؛ وأن تحدد بعد ذلك الشروط والأوضاع التي يكفل التفويض من خلالها تنفيذ هذه السياسة وتحقيقها<sup>(٣)</sup>.

وتلك هي القواعد التوجيهية التي لا يجوز للهيئة المتفدية للتفويض من السلطة التشريعية، أن تتدخل منها في ممارستها للتفويض الصادر لها.

(١) Hampton v. Mow Sun Wong, 426 U.S. 88 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, ibid, pp. 364.

(٣) Opp Cotton Mills, Inc v. Administrator, 312 U.S. 126, 144 (1941); See Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935).

ذلك أن دستورية الأعمال والتدابير التي تتخذها الهيئة المتلقية للتفويض، مناطها أن يصدر بالتفويض قانون عن السلطة التشريعية؛ وأن تكون الأعمال أو التدابير المفوض فيها، داخلة أصلاً في اختصاصها؛ وألا يتناول التفويض مسائل ألزمها الدستور بأن تسفل بتصرفها  
Non-delegable power.

وكما كان نطاق التفويض منبهما، أو كانت ضوابط تحديد عناصره ومستوياتها، عريضة في اتساعها، كان التفويض غير مقبول سياسياً ودستورياً. ذلك أن الممارسة التي تختطها السلطة التشريعية لنفسها، هي التي تحاسبها هيئة الناخبين عنها. فإذا كان التفويض غامضاً في حدوده، أو عريضاً في أبعاده، دل ذلك على تخليها عن جزء من ولايتها لجهة لا تكون مسئوليتها أمام هيئة الناخبين في الحدود ذاتها التي تقتضيها هذه الهيئة من السلطة التشريعية نفسها.

فلا تفرض هيئة الناخبين رقابتها المباشرة على هذه الجهة بما يطلق تصرفاتها من عقائدها، ويحول دون ضبطها أو مساعتها عنها. ولا يعدو ذلك أن يكون إرسافاً من السلطة التشريعية في مجال التفويض، غير جائز من الناحية الدستورية.

وفصل قضاء للشرعية الدستورية، فيما إذا كان الاختصاص المفوض فيه داخلاً أصلاً في ولاية السلطة التشريعية؛ وما إذا كان للتفويض قد تناول مسائل يجوز التفويض فيها؛ وما إذا كان

منطوقاً على معايير وضوابط توجه بها السلطة التشريعية الذين تلقوا التفويض عنها فيما يتعين عليهم أن يفعلوه؛ وما إذا كان التكبير أو الإجراء الصادر عنهم ولقما في حدود التفويض؛ وما إذا كانت الوسائل التي اختاروها في مجال مباشرة السلطة التي فرضوا فيها، ملائمة في غير تجاوز. وليس بشرط أن تكون المعايير والضوابط التي توجه بها السلطة التشريعية الذين تلقوا التفويض منها، جلية قاطعة حدودها، وإنما يكفي أن يكون بالإمكان فهمها<sup>(١)</sup>.

فإذا أحاط الغموض بها، صار التفويض منبهما لا تقتصر مضاره على تحية هيئة الناخبين عن مباشرة رقابتها على الهيئة المتلقية للتفويض، وإنما تتحقق هذه المضار كذلك من زاوية تكملي

(١) American Power and light Co. v. SEC, 329 U.S. 90 (1946).

السلطة التشريعية عن تقرير خياراتها في مسائل بالغة الأهمية نكتنفها محاذير كبيرة، إلى الجهة التي فرضتها بدلا عنها في اتخاذ قراراتها بشأنها.

وهي جهة تتخلق على نفسها في الأعم من الأحوال، ولا تؤثر الإرادة الشعبية في توجهاتها. وليس لهؤلاء الذين يتصل التفويض بمصالحهم المباشرة، من أثر على تحديد هـما للبدائل التي تفاضل بينها.

وشأن التفويض الغامض، شأن التفويض المنفرط *Broad delegations of power*، كلاهما غير مقبول. ذلك أن التفويض في الصورة الثانية يجعل السلطة التشريعية مسؤولة عن أعمال ليس لها سيطرة عليها، هي تلك الصادرة عن الجهة الملتقية لتفويض شديد الاتساع. إذ يخلوها هذا التفويض أن تحدد بنفسها معايير مناهجها وطرائقها في العمل. وقد يكون التفويض المنفرط مجرد قناع تكسر السلطة التشريعية وراءه حتى يتحمل آخرون عنها مسؤولية أعمال خطيرة لا تريد أن تواجهها، بما يقلص من فرص اتخاذ قرار وفق أسس موضوعية في المسائل التي اتصل التفويض بها؛ وينال كذلك من حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية. وهو ما حمل جهة الرقابة على الدستورية، على أن تفسر قانون التفويض في حدود ضيقة، وأن تبطل قانون التفويض كلما تعذر عليها توفيق أحكامه مع الدستور<sup>(١)</sup>.

وكما كان التفويض، لا ينال بصورة ظاهرة من حقوق الأفراد وحرياتهم التي كفلها الدستور، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتسامح غالبا في تخلي السلطة التشريعية -من خلال التفويض- عن بعض مظاهر ولايتها، أو أجزاء من مسؤوليتها.

وكثيرا ما تتخذ جهة الرقابة من القيود التي فرضتها الهيئة الملتقية للتفويض على نفسها في مجال تطبيقها لشروطه وفهمها لمحتواه- أساسا لتحديد مضمون التفويض ومداه؛ ومن الضوابط التي حددتها هذه الهيئة لتنفيذ السياسة التي فرضتها السلطة التشريعية في تحقيقها، صمام أمن يحول دون تحكمها في استخدام السلطة التي تعلق التفويض بها<sup>(٢)</sup>.

(١) *Greene v McElroy*, 360 U.S. 474,507 (1959).

(٢) *United States v. Rock Royal Co-op., Inc.*, 307 U.S. 533,577 (1939).

ولا يعني ذلك، أن تتطلب جهة الرقابة على الدستورية من مراجعتها لحدود التفويض ولضرورة تعيين المسائل التي يشملها بما يحول دون التجهيل بها. بل ربما كان تحفظها على كل تفويض عريض في مداه، أو غامض في معناه، هو القاعدة التي لا تغريظ فيها.

ذلك أن الجهة المتلقية للتفويض، يستحيل القول بتساويها مع السلطة التشريعية التي تراقبها هيئة الناخبين وتساؤلها عن أعمالها وتصرفاتها؛ ولا أن تفترض دستورية التدابير التي تتخذها مثلما تفترض دستورية النصوص القانونية التي أقرتها السلطة التشريعية المنتخبة.

ومن غير الجائز بالتالي أن تفترض مشروعية التفويض، أو الضوابط التي يقوم عليها، إذ هو استثناء من أصل اختصاص السلطة التشريعية بالمسائل التي يتناولها.

وصح القول بالتالي بأن مناط مشروعية التدابير التي تتخذها الجهة المتلقية للتفويض، هو إنصافها، وإلاؤها الاعتبار لكافة المصالح المتصلة بموضوع التفويض، وبافتراض أن التفويض -في مصدره وأبعاده- لا ينافي الدستور.

ولا كذلك أن تتخلى السلطة التشريعية من خلال التفويض الصادر عنها عن قراراتها الصعبة فيما هو هام من شئونها، وإن دل العمل على اتساع التفويض الصادر عنها في المجال الدولي بما يخول رئيس الجمهورية سلطة تقدير يتحرر بها من كثير من القيود التنظيمية التي تحد عادة من حركته في النطاق الداخلي<sup>(١)</sup>.

ويبطل التفويض كذلك إذا كانت الجهة المتلقية للتفويض من أشخاص القانون الخاص كجماعة دينية. ذلك أن السلطة التشريعية لا يجوز أن تتخلى عن موازينها التقديرية إلى جهة خاصة تنقسمها معها. بل إن النظرة العدائية التي تحملها جهة الرقابة على الدستورية لمثل هذا التفويض، تمثل موقفا ثابتا لها؛ وهو ما يتحقق على الأخص من خلال تفويض منظمة خاصة في أن تتخذ تدابير لها قوة القانون تنظم بها أوضاع صناعة بعينها. ذلك أن المساطر لا تسلط الناس بعضهم على بعض، وعلى الأخص في مجال يتنافسون فيه. وصدور تفويض من السلطة

(١) United States v. Curtiss-Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).

التشريعية في هذا الاتجاه، مؤداة تظلي السلطة التشريعية عن ولجباتها وامتياراتها<sup>(١)</sup> ولا يجوز تمضيًا مع ذلك الاتجاه أن تقاسم جمعية دينية، السلطة التشريعية في اختصاصاتها الهامة والتقديرية<sup>(٢)</sup>.

٣٩٥- وفي مصر ينظم دستورها الصادر في ١٩٧١ صورتين من صور التفويض: إحداها: هي التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية. وهذه يحكمها نص المادة ١٠٨ من الدستور.

وثانيتهما: تفويض خاص، لا يتقيد بالضرورة، ولا بالأحوال الاستثنائية، وإنما هو تفويض في أوضاع طبيعية، يؤخذ أصلاً استكمال نظم قانونية قائمة. ومن ثم تباشر الجهة المتفوضة للتفويض سلطتها في حدود قانون، فلا تكمل إلا أحكامه.

وهذه الصورة للثانية من التفويض لها مثالان واضحيان، هما المادتان ١١٩ و ١٦٦ من الدستور.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

### الفرع الأول

#### للتفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية

٣٩٦- هذه الصورة من التفويض هي التي تنص عليها المادة ١٠٨ من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض يصدر عن

(١) A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495, 537 (1935).

(٢) وقد حكم بطلان التفويض الصادر لكل كنيسة والذي يخولها أن تمنع إصدار تراخيص بتداول الخمر داخل دائرة قطرها ٥٠٠ متر من موقع الكنيسة. (Larkin v. Grendel's Den Inc., 459 U.S. 116 (1982)). وبلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية رفضت الإدعاء بعدم دستورية تفويض صادر إلى القباطل الهندية يخولها -على نطاق أقاليمها- تنظيم بيع الكحول فيها. وكان رفض هذه المحكمة للطمع على هذا التفويض، راجعاً إلى أن القباطل الهندية تجمعات منفردة تموز بعض مظاهر السيادة على أعضائها وأقاليمها، ولا يجوز بالتالي مساواتها بالمتطلبات الخاصة.

United States v. Mazurie, 419 U.S. 544 (1975).

السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، أن يصدر قرارات لها قوة للقانون، بشرط أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات، والأسس التي تقوم عليها.

ويجب عرض هذه القرارات على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، أو عرضها عليها ولم توافق هذه السلطة عليها، زال ما كان لها من قوة القانون.

٣٩٧- ذلك هو نص المادة ١٠٨ من الدستور، وهو يخول رئيس الجمهورية دون غيره، سلطة استثنائية قيدها الدستور بشروط صارمة تحيط بها، حتى لا يباشر رئيس الجمهورية هذه السلطة انحرافا بها عن مضمونها وأهدافها؛ خاصة وأن مباشرته لهذه السلطة، لازمها -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة العليا الأمازيغية من المحكمة الدستورية العليا- نقل الاختصاص التشريعي كاملا من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية في نطاق المسائل التي فوض فيها، ليمارس صلاحياتها في خصوص ما فوض فيه<sup>(١)</sup> بما في ذلك المسائل التي نص الدستور على أن تكون تنظيمها بقانون<sup>(٢)</sup>.

وتقرر المحكمة العليا كذلك أن هذا التفويض لا يعتبر من الأعمال السياسية التي لا يجوز إخضاعها لرقابتها. وسنراها في ذلك أن مباشرة رئيس الجمهورية لهذا التفويض، إنما يتم وفق الشروط والضوابط التي حددها الدستور، وإلا كان مخالفا لأحكامه<sup>(٣)</sup> بخلاف أن هذا التفويض، لا يفيد إعفاء رئيس الجمهورية من الخضوع للقانون<sup>(٤)</sup>.

(١) "محكمة عليا" الدعوى رقم ١ لسنة ٢ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٢ من نوفمبر ١٩٧٣- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٢٢ من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية عن المحكمة العليا- ١٩٧٠-١٩٧٦.

(٢) "محكمة عليا" الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٢ من أبريل ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٩ -ص ٤٥٧ من المرجع السابق.

(٣) "محكمة عليا" -الدعوى رقم ٩ لسنة ٤ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٥ أبريل ١٩٧٥- قاعدة رقم ٢٦ -ص ٢٥٩-٢٦٠ من المرجع السابق.

(٤) "محكمة عليا" -الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ١ مارس ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٢ -ص ٣٥١ من المرجع السابق.

٣٩٨- ونص المادة ١٠٨ من الدستور القائم يفترض أولاً: أن يصدر التفويض لرئيس الجمهورية؛ وثانياً: أن يكون هذا التفويض ولقماً عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية؛ وثالثاً: أن تكون المسائل التي يتعلق التفويض بها، محددة في موضوعها، وفي الأسس التي تقوم عليها؛ ورابعاً: أن يكون لهذا التفويض مجال زمني لا يتعداه؛  وخامساً: أن يحرض رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، ما اتخذ من تدابير وفق قانون التفويض وذلك بمجرد انتهاء مدة التفويض، وفي أول جلسة لها، وإلا زال ما كان لها من قوة للقانون.

٣٩٩- تلك هي الخطوط الإجمالية للتفويض المخول لرئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ١٠٨ من الدستور.

ويلاحظ على هذه المادة ما يأتي:

أولاً: أنها تشترط لجواز التفويض المقرر بها، أن يصدر لرئيس الجمهورية. ولا يجوز بالتالي أن يعهد به لغيره من أعضاء السلطة التنفيذية أو أجهزتها.

ثانياً: أن هذا التفويض مقيد بالضرورة وبالأحوال الاستثنائية. ولا تثل الأعمال التحضيرية للدستور، ولا أية وثيقة قانونية أو تقييدية، على المقصود بكل من الضرورة وبالأحوال الاستثنائية. وهما والعتان ماديتان يفترض أنهما لا تختلفان، وإن تضر ضبط الفواصل بينهما بملء بحجتهما عن بعض.

ولا يتصور بالتالي إلا أن الدستور أراد تصميم الأوضاع الظرفية التي يصدر التفويض بمناسبة. ذلك أن الضرورة تنسم دائماً بأمرين: أولهما: إحداث المخاطر التي تقارنها، ثانيهما: أنها حالة عارضة تنافي الأصل في الأشياء. وهي بذلك استثنائية في خصائصها وطروئها. ومن ثم تندرج تحتها كافة الأحوال الاستثنائية التي تحمل معها هذا النوع من المخاطر. بما مؤده أن ما قصد الدستور إلى ضمانه من خلال شرطى للضرورة والأحوال الاستثنائية هو أن يرتبط التفويض بأكثر أشكال الضرورة عمقاً وخطراً، وحده، فلا تكون الضرورة التي قصدتها الدستور بنص المادة ١٠٨، غير الضرورة الاستثنائية التي تحيط بأوضاع بذواتها، بنوحى التفويض مواجهتها أو التحوط لدرئها، ولها تستغرق بالتالي كافة الأحوال الاستثنائية التي هي من جنسها، فلا تكون هذه وصفاً مضافاً إلى الضرورة مستقلاً عنها، بل مندرجاً تحتها ومشمولاً بها.

وما نراه أن ما توخاه الدستور من تطبيق جواز التفويض على توافر الضرورة والأحوال الاستثنائية، أن هذين الوصفين -حتى وإن قيل بتدخلهما- إلا أنهما يجبران عن اتجاه قصد الدستور إلى توكيده، هو ألا تنزل السلطة التشريعية عن بعض مظاهر ولايتها إلى رئيس الجمهورية، إلا إذا حملتها على هذا التفويض أوضاع استثنائية من طبيعة قاهرة Exceptional situations of compelling nature تنسم بحدتها وعدم ثباتها، وتعدّر التنبؤ مسلفاً -بالتالى- بأحوالها وظروفها ومتغيراتها، مما يقتضى مواجهة صورها المختلفة بتدابير ثلاثتها لها من مرونتها وفاعليتها ما يكفل رد المخاطر التي تقارنها أو على الأقل التقليل من شدتها.

وبالتالى لا تتخلى السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية عن بعض مظاهر ولايتها حتى تزن هذه الأوضاع القاهرة في حدتها، والمتغيرة في أشكالها، بما يناسبها. فلا تكون الضرورة والأحوال الاستثنائية بالتالى غير وصفين لسلطة استثنائية يباشرها رئيس الجمهورية في أدق الأوضاع، وأكثرها خطراً في نوعها، ودرجة إحداها.

ثالثاً: أن التفويض المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من الدستور، يجوز أن يتناول كافة المسائل التي تدخل أصلاً في اختصاص السلطة التشريعية، عدا تلك التي نص الدستور على أن تستقل هذه السلطة بنفسها باتخاذ قرار فيها، بالنظر إلى أهميتها واتصالها المباشر بمصالح مواطنيها، أو بالسياسة التي اخطتها لنفسها في تحقيق هذه المصالح وضمانها. ويبطل التفويض بالتالى إذا تعلق بأكثر مهام السلطة التشريعية خطراً وأشدّها أهمية، كاتصال التفويض بتنظيم الجوانب الأساسية لحقوق المواطنين وحرّياتهم.

وليس كافياً بالتالى ما تنص عليه المادة ١٠٨ من الدستور من ضرورة أن تعين السلطة التشريعية موضوع التفويض، ذلك أن كل تفويض ينحل إلى سلطة استثنائية يباشرها رئيس الجمهورية فيما ينبغي أن تتولاه السلطة التشريعية أصلاً من مهامها، وما لا يجوز لها التفرّط فيه من جوانب مسؤولياتها، يكون مجاوزاً ضوابط الدستور.

رابعاً: أن لكل تفويض مدة لا يجوز أن يجاوزها. وهى لا تكون كذلك بناء على مجرد تحديد المشرع للواقعة التي يبدأ منها جريانها، وتلك التي تزول بتحققها. ذلك أن مدة التفويض الجائزة وفقاً للدستور، إما تتحدد بقدر الضرورة الاستثنائية التي صدر التفويض لمواجهتها، ليزول التفويض بزوال هذه الضرورة. كذلك لا يجوز أن تتدخل مدد التفويض -حتى مع قصر

كل منها- لتتحول في مجموعها إلى مدد تتصل حلقاتها ويستطيل زمنها. وهو ما يتحقق من خلال موافقة السلطة التشريعية على قانون تفويض جديد يتناول المسائل عنها قبل انتهاء مدة التفويض الأول بأيام، أو في اليوم التالي مباشرة لانتهاء مدة التفويض الأول.

ذلك أن تدخل مدد التفويض مع بعضها، أو تعاقبها في الزمان، مؤداه أن يبسط زمن التفويض إلى غير حد، وأن يترأخى بالتالي عرض التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية. ويتعين أن يعامل هذا التفويض بالتالي باعتباره غير معين المدة، وباطلا.

خامسا: أن التزام رئيس الجمهورية بأن يعرض على السلطة التشريعية فور انتهاء مدة التفويض، التدابير التي اتخذها أثناءه، يفترض أن تدير هذه السلطة حوارا حقيقيا حول طبيعة هذه التدابير، وضرورتها، ونطاقها، ومناصبته للأوضاع الاستثنائية الملحة التي واجهتها.

ذلك أن تحويل رئيس الجمهورية الاختصاص بالتفويض وفقا لنص المادة ١٠٨ من الدستور لا يجوز أن ينحل إلى سلطة مطلقة يباشرها دون قيد. وإنما تتحدد مشروعية التدابير التي اتخذها، على ضوء الأوضاع التي لا يستها، وبقدر حدتها، وإلا صار التدبير مجردا من سببه، وباطلا.

سادسا: أن الأسس التي يقوم عليها تنظيم الموضوع محل التفويض، ينبغي أن تكون قاطعة في وضوحها. ذلك أن هذه الأسس هي المعايير التي تلتزمها السلطة المتلقية للتفويض فيما تفعل. فإذا خلا قانون التفويض منها، أو جهل المشرع بها، بطل التفويض. ذلك أن انتفاء هذه المعايير أو غموضها، مفض إلى إطلاق سلطة التفويض، فلا تحكمها ضوابط توجهها وتقيدها.

سابعا: أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية إعمالا للتفويض المقرر بنص المادة ١٠٨ من الدستور، لها قوة القانون، وقوتها هذه تخول رئيس الجمهورية أن يعدل قوانين قائمة، وأن يلغيها، وأن ينظم كل الحقوق التي يشملها موضوع التفويض أيا كان نوعها.

وشرط ذلك ألا ينقض تنظيمه لهذه الحقوق أية ضمانة كفلها الدستور لها، أو ينتقصها من أطرافها.

ذلك أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لهذه المادة -ولو تطلبتها أوضاع استثنائية- لا يجوز أن تخل بنصوص الدستور. وإنما تكون هذه النصوص قيда عليها، فذلك وحده هو الضمان لخضوع هذه التدابير للقانون، والدستور في مدارجه الأعلى.

ثامنا: حدد الدستور حالتين تزول فيهما قوة القانون التي كانت للتدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية إعمالا لنص المادة ١٠٨ المشار إليها هما: إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض، أو إذا عرضها على هذه السلطة ولكنها لم تقرها.

ويلاحظ في هذا الشأن، أن نص المادة ١٠٨ من الدستور لم ينص على زوال قوة القانون التي كانت لهذه التدابير بأثر رجعي يرتد إلى لحظة اتخاذها إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض، أو إذا قد عرضها عليها ولكنها لم تقرها. بيد أن قوة القانون التي كانت لهذه التدابير لا تزول عنها -في إحدى هاتين الحالتين- بأثر رجعي. وذلك خلافا لنص المادة ١٤٧ من الدستور التي تتعلق بلوائح الضرورة والتي تزول الآثار التي رتبها بأثر رجعي يرتد إلى لحظة إصدارها إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، أو عرضها عليها ولكنها لم تقرها، وذلك ما لم تقرر السلطة التشريعية اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية الآثار المترتبة عليها بوجه آخر.

وهذه المغايرة في الحكم بين كل من نص المادة ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور، غير مفهومة. ذلك أن صدور قانون التفويض عن السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، يفترض تنفيذها بالشروط التي فرضتها المادة ١٠٨ من الدستور لجوازه. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية التدابير التي اتخذها إعمالا لقانون التفويض، لجان ذلك ضمنا عن مخالفتها للدستور ولقانون التفويض. ويفترض بالتالي أن رئيس الجمهورية تستر وراء عدم عرضها حتى لا يكشفها ومن ثم كان يتعين أن تزول هذه التدابير بأثر رجعي، هي وقانون التفويض، إذا كان قد أثر بالمخالفة للدستور. كذلك فإن عدم إقرار السلطة التشريعية للتدابير التي أمر بها أو قررها رئيس الجمهورية وفقا لقانون التفويض، مؤداه مجاوزة رئيس الجمهورية حدود التفويض -وبافتراض صحة القانون الصادر به- ليسم البطلان هذه التدابير منذ العمل بها. ولكن نص المادة ١٠٨ من الدستور أثر أن يتخذ موقفا مختلفا، فلم يبطل بأثر رجعي قوة القانون التي كانت لهذه التدابير، ولم يخول السلطة

التشريعية حق اعتماد أثارها في الفترة السابقة على عرضها عليها، أو تسوية الآثار التي رتبها على نحو آخر.

وفي ذلك إغراء للرئيس بأن يتخذ تدابير مخالفة للدستور ولقانون التفويض، وأن تنظر لها قوتها كقانون طول الفترة السابقة على عدم عرضها على السلطة التشريعية، أو على رفضها لها.

وأيا كان الأمر فإن بقاء قوة القانون لتلك التدابير في الفترة السابقة المشار إليها، لا يطهرها من عوار مخالفتها للدستور، ولا يدخلها في زمرة القوانين التي تقرها السلطة التشريعية بنفسها وفق نص المادة ٨٦ من الدستور.

#### ٤٠٠- وينبغي أن يلاحظ في شأن نص المادة ١٠٨ من الدستور:

أولاً: أن تحديد قانون التفويض للمسائل المفوض فيها، يفترض امتناع التجهيل بها وكذلك حظر كل تجديد لها يخل بوحدة موضوعها.

ثانياً: أن لكل تفويض شروطاً شكلية تمثل الحدود الخارجية للتفويض وشروطاً موضوعية تبلور حدوده الداخلية. وتتحصر الشروط الشكلية للتفويض في أن يصدر عن السلطة التشريعية بقانون يقره ثلثا أعضائها. وأن يعرض رئيس الجمهورية عليها - بمجرد انتهاء مدة التفويض - التدابير التي كان قد اتخذها أثناءه.

ولا كذلك شروطه الموضوعية التي تتعلق بالضرورة الاستثنائية التي تبرره، وب نطاق المسائل التي يتناولها وأسس تنظيمها، والأجال التي يباشر رئيس الجمهورية خلالها السلطة التي فوض فيها.

ثالثاً: أن الرقابة التي تباشرها السلطة التشريعية بعد انتهاء مدة التفويض على التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية تنفيذاً لأحكامه، هي رقابة ملائمة محلها انسجام هذه التدابير مع الأوضاع التي ولجتها بما يدل على تناسبها معها. وهي كذلك رقابة موضوعية غايتها التحقق من موافقة التدابير أو مخالفتها للدستور ولقانون التفويض. وهي في صورتها هاتين، رقابة سياسية لاحقة محلها التدابير بعد العمل بها وتطبيقها.

رابعاً: أن مدة التفويض تمثل أخطر عناصره في مجال التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية. ذلك أن انقراط هذه المدة وفرطتها، مؤداه اتساعها وأن يستطيل زمن سريان هذه التدابير الاستثنائية في طبيعتها. وفي ذلك خطر كبير على حقوق المواطنين وحرياتهم<sup>(١)</sup>. فإذا جهل قانون التفويض بالمدة التي يباشر خلالها، أو عتدها على نحو من يحتمل أكثر من تأويل، دل ذلك على إخلال السلطة التشريعية بواجباتها، من خلال نقلها بصورة لا اعتدال فيها- جانباً من ولايتها إلى رئيس الجمهورية<sup>(٢)</sup>.

خامساً: أن قانون التفويض يخول رئيس الجمهورية أن يباشر سلطة استثنائية لا تدخل أصلاً في ولاية السلطة التنفيذية. ويتعين بالتالي أن يمارسها في الحدود الضيقة التي حددها الدستور ملاحظاً، وأن يتوخى أكبر قدر من الحذر في التدابير التي يتخذها بالنظر إلى خروجها على أصل انفراد السلطة التشريعية بها. ذلك أن الدستور حدد لكل سلطة وظائفها الأصلية، وما يباشره من أعمال لا تندرج تحتها أو تدخل في إطارها. وإذما تعد استثناء على أصل تعلق نشاطها بالشئون التي توافق طبيعة وظائفها. وقد حصر الدستور الأعمال الاستثنائية التي تخرج بها كل سلطة عن

(١) "مستورية عليا" للقضية رقم ١٣ لسنة ٤ قضائية "مستورية عليا" جلسة ٥ إبريل ١٩٧٥-قاعدة رقم ٢٨-ص ٣٠٧ من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية. ويلاحظ أن هذه المحكمة كان قد طعن أمامها بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ التي تفوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون، خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتعلق بأمن الدولة وسلامتها وتبعية كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني، وبصفة عامة في كل ما يراه ضرورياً لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية. وقد اعتبرت المحكمة أن لكل تفويض ميعاداً معلوماً لا يقلص بالضرورة بوحدة قياس الزمن المادية كالشهر والسنة، وإنما يجوز أن تتحدد مدة التفويض على ضوء معيار عام كإنهاء المعركة بين مصر وإسرائيل. وما قرره المحكمة العليا على النحو المتقدم معيب. ذلك أن المقصود بمدة التفويض، هو أن ينحصر في آجال زمنية لا تستطيل مدتها حتى لا يحل رئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية في المسائل التي فرضته فيها لأجل لا يبدو لها من نهاية في المنظور القريب.

(٢) القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ٣ فبراير ١٩٦٦-قاعدة رقم ٢٣-ص ٤٢٩ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة لكلم المحكمة الدستورية العليا

للناطق الطبيعي لوظيفتها. وعليها بالتالي أن تلتزم حدودها الضيقة، وإلا صار نشاطها فيما تجاوز فيه حدود وظيفتها الأصلية، مخالفاً للمستور<sup>(١)</sup>.

سادساً: إذ تترسل السلطة التشريعية قانون التفويض، فإن عليها أن تبين الخطوط العريضة التي انطلق التفويض منها، والأغراض النهائية التي قصدها من التفويض في إطار المياسة التي تتوخى تنفيذها من خلالها.

ذلك أن هذا التحديد -بعضه المختلفة- يقدم لرئيس الجمهورية عوناً كافياً يبصر به حقيقة المهام التي كلفه التفويض بتنفيذها.

سابعاً: لا يعتبر رئيس الجمهورية في تنفيذه لقانون التفويض نائباً عن السلطة التشريعية، ولا يحل محلها فيما يتخذ من التدابير تطبيقاً لأحكامه.

ثامناً: الأصل في التفويض بالاختصاص، أن يكون مباشر الأثر. بما مؤده حظر سريران التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لأحكامه بأثر رجعي يرد إلى لحظة سابقة على الأمر بها، بالنظر إلى التقيد الذي تفرضها هذه التدابير على الحرية والملكية.

### الفرع الثاني

#### التفويض في غير الضرورة الاستثنائية

٤٠١- وفضلاً عن التفويض المقرر بنص المادة ١٠٨ من الدستور، وهو نص عام في مجال التفويض مفيد بالضرورة الاستثنائية، ولا يتلقى التفويض طبقاً لأحكامه غير رئيس الجمهورية، ولا يصدر قانون التفويض وفقاً لنص هذه المادة إذا لم تقره السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، فإن نص المادتين ٦٦ والفقرة ١٩/٢ من الدستور، يدخلان في صور التفويض الخاص التي لا تنقيد بشروط التفويض المنصوص عليها في المادة ١٠٨ من الدستور.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٥ من ٣٣٣ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها. انظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٣ - من ٤٢٩ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن هذا التفويض الخاص يتم بخصائص محددة هي:

١. أن هذا التفويض الخاص يجوز أن يصدر لرئيس الجمهورية أو لغيره من أعضاء أو أجهزة السلطة التنفيذية.
٢. أن هذا التفويض الخاص لا يصدر عن السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، وإنما بالأغلبية المطلقة للحاضرين منهم.
٣. أن السلطة التشريعية لا تتخلى به عن المسائل التي تناولها التفويض، ولكنها تنظم بعض جوانبها على أن تعهد بباقيها للسلطة التي تتلقى التفويض منها وفيما يلي بيان لحكم المادة ٦٦ والمادة ١١٩/٢ من الدستور.

#### أولاً:

#### نص المادة ٦٦ من الدستور

٤٠٢- الأصل أن تتولى السلطة التشريعية، ويقنون نقره وفقاً للدستور، تحديد كافة الجرائم وبيان عقوباتها. بيد أن نص المادة ٦٦ من الدستور خولها أن تقر قانوناً متضمناً أمرين:

أولهما: بيان الخطوط الرئيسية للجريمة في أحوال بذاتها.

وثانيهما: تفويض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانب هذا القانون.

ولا مخالفة في ذلك الدستور. ذلك أن السلطة التنفيذية لا تبادر من تلقاء نفسها بتحديد بعض ملامح الجريمة كمال محجوز لها، ولكنها تعمل من خلال التفويض في حدود قانون قائم، بما يجعل دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ودائراً في إطار قانون صادر عنها<sup>(١)</sup>.

وإذا تباشر السلطة التنفيذية هذا الاختصاص عملاً بنص المادة ٦٦ من الدستور التي تؤكد ما جرى به العمل من تكليفها بتحديد بعض ملامح الجرائم وعقوباتها في الحدود التي بينها القانون،

(١) للقبضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧-القاعدة رقم ٤٧-س ٧١٢ من الجزء

الثامن من مجموعة أحكامها

واستهدافا للصالح العام؛ فإن ما تصدره السلطة التنفيذية من القواعد القانونية في مجال تطبيق نص المادة ٦٦ المشار إليها، لا يعتبر من صور التفويض المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من الدستور القائم، ولا من قبيل اللوائح التنفيذية التي نظمها المادة ١٤٤ من هذا الدستور<sup>(١)</sup>.

#### ثانياً:

#### الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور

٤٠٣- كذلك فإن الضريبة العامة وإن كان لا يجوز فرضها إلا بقانون عملاً بالفقرة الأولى من المادة ١١٩ من الدستور، فإن فقرتها الثانية تنص على أن غير الضريبة من الأعباء المالية، يجوز فرضها في حدود القانون.

ويتعين بالتالي أن تعامل الفقرة الثانية المشار إليها كنص خاص في مجال تطبيقها، لا تنقيذ بالضوابط التي حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية -دون غيره- في مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية، ولكنها تخول السلطة المتفوضة للتفويض -ولو لم تكن هي رئيس الجمهورية- حق فرض كافة الأعباء المالية -التي ليس لها خصائص الضريبة العامة- على ضوء الشروط والأوضاع التي اتصل التفويض بها وفق القانون الذي حددها. شأن التفويض المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٩ المشار إليها في ذلك، شأن التفويض المقرر بنص المادة ٦٦ من الدستور؛ كلاهما نص خاص أورده الدستور، متضمناً تنقيذ العام، فلا يكون دليلاً (إلا في إطاره)<sup>(٢)</sup>.

#### ثالثاً:

#### الضابط العام لكل من المادتين ٦٦ و ٢/١١٩ من الدستور

٤٠٤- وإذ تنقيذ السلطة التنفيذية نوماً في مجال ممارستها لأختصاص فوض إليها، بشروط هذا التفويض وحدوده؛ وكان تقرير أثر رجعي للقواعد القانونية جميعها -سواء في ذلك ما تقره

(١) 'مستورية عليا' القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية 'مستورية' -جلسة ٧ من فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٨٦- ص ١١٩٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) Bowen, Secretary of Health and Human Services v. Georgetown University Hospital. Decided december 12, 1988.

السلطة التشريعية منها أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية- لا يجوز أن يفترض بالنظر إلى خطورة الآثار التي تحدثها الرجعية في محيط للعلائق القانونية، وما يلابسها -في الأعم من الأحوال- من إخلال بالحقوق واستقرار التعامل؛ وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يخول السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التي يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يمنحها الاختصاص بتقرير رجعيها دون سند من نصوص التفويض ذاتها، فقد صار لازماً إبطال الأثر الرجعي لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يخولها -بالنصوص التي تضمنها- هذا الاختصاص.

A statutory grant of legislative rulemaking authority will not, as a general matter, be understood to encompass the power to promulgate retroactive rules unless that power is conveyed by legislator in express terms.

### الفصل الرابع والعشرون

#### شروط الفصل في دستورية النصوص القانونية

٤٠٥- وإن كان إسناد المسائل الدستورية إلى جهة قضائية للفصل فيها، من الأمور بالنسبة الأهمية في التطور الديمقراطي لنظم الحكم في الدولة؛ فإن تحديد نطاق المسائل الدستورية التي يدخل للفصل فيها في ولاية هذه الجهة، لا يقل أهمية. ذلك أن كثيرين يتوثبون لمعارضة الدولة في سيادتها، ويسعون لمواجهةها على أسس دستورية، في كل قرار أو قانون يصدر عنها. ويتعين بالتالي أن تصوغ جهة الرقابة على الشرعية للدستور القواعد التي تحدد على ضوءها الأشخاص الذين يحق لهم التذاعى أمامها، وبمراعاة أن موقعها من تطبيق هذه القواعد، قد يؤثرون بتطويرها للشرعية الدستورية، أو يدل على الانتكاس بها. ذلك أن الإطراف في تقرير الصور التي تستبعد فيها الخصومة الدستورية من ولايتها، يقض يدها عن كثير من حالاتها. كذلك، فإن إسرافها في تقرير أحوال قبولها قد ييسر رقابتها إلى حدود بعيدة، وكان منطقياً بالتالي أن توازن الجهة القضائية بين ما يندرج من مضار عن إكثار حق المدعى في الحصول على ترضية قضائية يستحقها<sup>(١)</sup>، في إطار الخصومة الدستورية التي تختلط ملامحها المياسية بخصائصها القانونية؛ وبين الأضرار التي تنجم عن ضمانها لهذه الترضية في غير موجباتها، لتتحلل الخصومة الدستورية في كثير من تطبيقاتها -ربغير نص في القانون- إلى دعوى أصلية بعدم الدستورية.

ولئن جاز القول بأن الرقابة التي تباشرها الجهة القضائية فصلاً في دستورية النصوص القانونية، حذرة بطبيعتها، وأن اعتدال حدودها، يقتضيها الامتناع عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها؛ إلا أن القضاء للمقارن أقام من خلال هذه القاعدة الكلية، جداراً فصل به بين المسائل الدستورية التي يجوز لجهة الرقابة بحثها، وتلك التي لا يجوز لها أن تخوض فيها. فلم يدخل هذه الجهة أن تفصل في مسائل سياسية لا خصومة دستورية تتم رفعها إليها قبل الأول، صار الفصل فيها مجرداً من كل فائدة عملية، وكذلك إذا كان أطرافها قد لفقوها بالتدابير والتواطؤ فيما بينهم لتأخذ في ظاهرها وعلى خلاف حقيقتها شكل خصومة حقيقية احتسم النزاع فيما بين أطرافها حال أنها خصومة وهمية اصطنعوها.

(١) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 509 [1961].

والحق أن الخصومة في هذه الفروض جميعها يحيط بها أصل عام مؤداه انتفاء ضرورة الفصل في المسائل الدستورية المثارة فيها، فلا يكون لهذه الخصومة من ساق يقيمها، وهو ما يتحقق كذلك إذا لم يعد ماثلاً في هذه الخصومة غير خصم واحد<sup>(١)</sup>.

---

(١) لو أن شخصاً قضى ببراءته من التهمة الجنائية الموجهة إليه، فإن الحكم بالبراءة يكون قد أخرج من الدعوى الجنائية، فلا تجوز إعادة محاكمته من جديد، ولو للفصل في مسائل قانونية. ذلك أن الدعوى الجنائية أن يكون ماثلاً فيها غير طرف واحد، هو التنبية العامة. وإن يكون رأى المحكمة في هذه المسائل القانونية غير رأى استشاري.

### المبحث الأول

#### خصائص الخصومة الدستورية

٤٠٦- لا يفصل قضاء للشرعية الدستورية، في غير خصومة يقيمها المدعى وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً. ذلك أن مراجعتهم للنصوص القانونية المطعون عليها لتقرير صحتها أو بطلانها، ليس عملاً منفصلاً عن الوظيفة القضائية، وإنما يدخل في صميم بنائها. ولئن كانت الوظيفة القضائية ملبّية بطبيعتها؛ فإن ما يستتبعها ليس مطلق الخصومة القضائية. وإنما هي الخصومة التي يكون عنصر النزاع مثلاً فيها، بما يؤكد تضاد مصالح أطرافها، وتناقضها بصورة حقيقية لا تخيلية Speculative.

وإفراغ هذه المصالح -التي يجاذبها أطرافها- في شكل الخصومة القضائية التي يتناظر الخصماء فيها في موقفهم من الحقوق التي يطالبونها، مؤداه أنهم خصماء حقيقيون يتطاحنون من أجل إثباتها ونفيها، ويتناحرون في الدعام التي يساند بها كل فريق وجهة النظر التي يقول بها<sup>(١)</sup>.

فلا يظهر هؤلاء وهؤلاء في الخصومة الدستورية، إلا غراء تتضاد مصالحهم Adverse litigants، وتنفرد توجهاتهم، خاصة في المسائل الدستورية التي لا تفصل جهة الرقابة على الدستورية فيها من منظور علوها على السلطين التشريعية والتنفيذية؛ ولا من منطلق حق في الاعتراض A veto power مخول لها على مطلق تصرفاتها؛ ولا بافتراض أنهما مسئولتان أمامها عن أفعالهما، وأنها تقتضيها حساباً عنها. وإنما تقام الخصومة الدستورية أمامها فصلاً في الحقوق التي يقال بأن للنصوص القانونية المطعون عليها قد أهدرتها بالمخالفة للدستور.

فلا تكون الخصومة القضائية إلا طريقاً وحيداً للفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها، ومن خلال تنازع المصالح التي تنطق هذه المسائل بها.

(١) شرط تنازع المصالح وتخلاتها في الخصومة الدستورية، من الشروط المسم بها في القضاء المقارن. انظر في ذلك:

Smith v. Indiana, 191 U.S. 130 (1903); Braxton County Court v. West Virginia, 208 U.S. 192 (1908); United States v. Johnson, 319 U.S. 302 (1943); Lonpass v. Bell, 180 U.S. 276 (1901).

ولا يجوز بالتالي أن تتجرد الخصومة الدستورية من عنصر النزاع؛ ولا أن يكون الفصل فيها قد صار عقماً؛ ولا أن يكون النزاع مختلفاً منبراً؛ ولا أن تكون حلقاته لم تكتمل؛ ولا أن تتأبى المسائل التي يثيرها نزاع قائم مكتمل العناصر، على الفصل قضائياً فيها.

فكلما قام الدليل على أن دور المدعى في الخصومة الدستورية التي رفعها، كان ضئيلاً<sup>(١)</sup>؛ أو كان قد توهم ولعائتها؛ أو صورها على غير حقيقتها؛ أو كان قد جهل بالمسائل الدستورية موضوعها؛ أو كان من غير المتصور أن تتعلق بها ترضية قضائية أياً كان نوعها أو نطاقها؛ فإن الخصومة الدستورية في هذه الفروض جميعها، لا تتوافر أركانها.

ولا كذلك أن يكون أحد أطرافها قد تعدد بعد استيفائها لشرائطها المقررة قانوناً- أن يطيل أمد النزاع؛ أو أن يكون قد بلر من جهته إلى اتخاذ الخطوة الأولى التي تستتبع للفصل في المسائل الدستورية<sup>(٢)</sup>.

(١) United States v. Johnson 319 U.S. 302 (1943).

(٢) Evers v. Dwyer, 358 U.S. 202, 204 (1958).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن طالباً زنجياً كان مهنداً بالقبض عليه لو أنه جلس في المكان المخصص للبيض في إحدى الحافلات. غير أنه قبل مخاطرة القبض عليه، واتخذ متحجباً- مكافئ في مقاعد البيض في الحافلة، ليثير للخصومة الدستورية ويحركها.

### المبحث الثاني

#### الخصومة المختلفة بالتكبير والتواطؤ Friendly or Collusive Suits

٤٠٧- والخصومة التي تعيننا في مجال الرقابة القضائية على الدستورية، هي الخصومة الحقيقية التي لا يصطنعها أطرافها، ختالا بقصد الإيهام بوجود نزاع غير قائم فعلا. فلا يكون موقفهم منها غير تلقى لها Feigned cases؛ بقصد الفصل فى مسائل تعينهم<sup>(١)</sup> أو لإظهار سخطهم على المشرع لإقراره قانونا لا يرحبون به ولم يجز تطبيقه عليهم. ذلك أن جهة الرقابة القضائية لا تتصل قانونا إلا بخصومة حقيقية دافقة وحيوية A real, earnest and vital، تبلور حدة التنازع فى الحقوق المدعى بها Antagonistic assertion of rights.

٤٠٨- ولا شأن لها بالتالي بمسائل جدلية يكون الفصل فيها قائما على التظير والتصليل؛ ولا بمناجزة السلطة التشريعية ولايتها لإنكارها بعض الحقوق الفردية التي ليس لهم بها من شأن. ذلك أن مناط اختصاص جهة الرقابة على الدستورية بالفصل في المسائل الدستورية، هو أن يحركها عدوان على الحقوق التي كفلها الدستور لأصحابها يحملهم على التداعي لطلبها في صورة جازمة، ومن خلال التطلعن عليها مع السلطة التي جحدتها، وعن طريق الترضية القضائية التي يردون بها هذا العدوان، فلا تتوافق مصالح من يطلبونها ومن يعارضونها، ولا يكون تزولجها ممكنا.

وتلك هي الخصومة القضائية التي يناقها أن يكون للنزاع فيها مديرا بين أطرافها، ناجما عن تلاقيهم على الإيهام بوجوده، فلا يكون نزاعهم حول المسائل التي يطلبون الفصل فيها حقيقيا، بل منتحلا، لتظهر الخصومة القضائية في صورة وهمية مجافية لحقيقتها، بما يعطيها غير ثوبها، ويجعلها -في واقعها- محض خصومة تحكمها المودة بين أطرافها A Friendly Suit لا يجوز قبولها<sup>(٢)</sup>.

(١) Lord v.veasie, 8 How (49 U.S.) 1850.

(٢) وليس بشرط لوصف الخصومة بأنها غير ودية، أن يكون الحياء الشديد قد استحكم بين أطرافها. Animosity إذ يكفي أن تتلفض مصالحهم وتتصادم في شأن الخصومة الدستورية المرفوعة.

٤٠٩- والحق أن شرط لاحتدام التنازع بين المصالح في الخصومة الدستورية، يتصل بتوافر المصلحة في اقتضاها. ولا يتحقق ذلك ما لم يكن لأطرافها مصلحة شخصية في محصلتها النهائية التي تمثل الفائدة العملية التي يتوقعون اجتناءها منها، وهي فائدة لا شأن لها بطبيعية المسائل الدستورية المثارة فيها<sup>(١)</sup>. يؤيد ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تتولى غير رقابة محدودة على السلطين التشريعية والتنفيذية. وليس لها بالتالي أن تطلق العنان لولايتها بأن تفصل في خصومة دستورية في غير ضرورة، وإلا كان ذلك إخلالا بمبدأ الفصل بينها وبين هاتين السلطينتين. ومن ثم كان شرط المصلحة الشخصية محركا للخصومة الدستورية، ودالا على توافق شرائط الفصل فيها<sup>(٢)</sup> بل إن اقتضاء هذا الشرط يمثل جوهر الرقابة على الدستورية باعتبار أن التحوط من القيود عليها<sup>(٣)</sup> Prudential Restraints وإن تعين القول بأن تطبيق جهة الرقابة لهذا الشرط، يتردد بين التطبيق والامتناع.

(١) Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968).

(٢) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 750 (1984).

(٣) E.G., valley Forge Cristian College v. Americans United, 454 U.S. 464 (1982).

### المبحث الثالث

#### الخصومة العقيمة Moot Cases

٤١٠- الأصل أن تتوفر المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى في الخصومة الدستورية ليس فقط وقت رفعها، وإنما يتعين أن تظل هذه المصلحة قائمة حتى الفصل فيها<sup>(١)</sup> ذلك أن الخصومة الدستورية التي يجوز قبولها هي للخصومة القائمة والمستمرة Actual and ongoing case والتي يؤثر الفصل فيها في الخصومة التي يدعي أطرافها. فلا تكون هذه الخصومة غير خصومة حقيقية تتعلق بمصالح جوهرية لا يفضي الخلاف حولها إلا بإزالة حكم الدستور عليها. وهي بذلك لا تتناول وقعة فرضية. ولا بذلك يكفي بالتالي لقبول الخصومة الدستورية، أن يكون موضوعها حياً وقت رفعها. بل يتعين لجواز نظرها أن يظل هذا الموضوع متوجهاً حتى الفصل فيها. فإذا خبا وانطفأ في مرحلة من مراحلها بعد أن كان ملتهباً A live، دل ذلك على أن تغييراً طرأ على الوقائع أو على حكم القانون بشأنها<sup>(٢)</sup>، ولأن من شأن هذا التغيير ألا تبقى لأفعها مصلحة في اجتهاد القادة العملية التي كان يتوقعها منها، لتصبح الخصومة منقضية بعد زوال عنصر النزاع منها<sup>(٣)</sup>.

ومن ثم يفترض انقضاء الخصومة الدستورية في هذه الصورة، أن يصير الفصل فيها عقيماً غير منتج بالنظر إلى طوره أحدثت عليها كان من أثر تتبعها من الناحية الزمنية؛ تجريدها من كل فائدة.

فالنزول عن حق الطعن في الحكم بعد نشوء هذا الحق، مجرد خصومة الطعن من موضوعها فلا يبقى بعد هذا النزول شيء للفصل فيه.

والتصالح في شأن الحقوق المتنازع عليها بعد طلبها من خلال الخصومة القضائية، يعتبر منهياً لها، وحائلاً دون اقتضاها عن طريقها.

(١) E.g. United states v. Munsingwear, 340 U.S. (1950); Golder v. Zwickler, 394 U.S. 103 (1969).

(٢) Hall v. Beals, 369 U.S. 45 (1969); Sanks v. Georgia, 401, U.S. 44 (1971).

(٣) Lewis v. Continental Bank Corp., 494 U.S. 472 (1990).

بما مؤداه أن الصورة التي تكون عليها الخصومة عند الفصل فيها هي التي تحدد مصيرها انتهاءً، ولا يكفي بالتالي أن تتوفر المصلحة الشخصية والمباشرة في المدعى في الخصومة الدستورية وقت رفعها، وإنما يتعين أن تظل كذلك حتى للفصل فيها<sup>(١)</sup>.

فإذا علق المشرع مباشرة للمواطنين لحق الاقتراح في الدائرة الانتخابية التي يقيمون فيها، على شرط إقامتهم بها لمدة التي عينها. وكان شرط المدة متولفاً في بعضهم ومتخفاً في آخرين منهم، فإن خفض المشرع لهذه المدة بما يكفل توفرها في هذه الدائرة لأفراد هيئة الناخبين جميعهم، يعتبر منها لهذه الخصومة.

فإذا أصرت جهة الرقابة القضائية على مواءمة الفصل فيها، فإن ما يصدر عنها لا يعتبر حكماً في خصومة؛ بل رأياً استشارياً يتناولها من منظور مجرد، ولا يكفل غير مصلحة نظرية يبلورها مجرد بيان حكم الدستور في شأن المسائل الدستورية التي أثارها هذه الخصومة. وهو ما ينافي حقيقة أن الخصومة الدستورية التي يجوز الفصل قضائياً فيها، هي تلك التي يظل النزاع فيها قائماً ملتبهاً، ومتصلاً بين أطرافها<sup>(٢)</sup>.

An actual ongoing dispute between the parties.

٤١١- يجب أن القاعدة التي تقضي بوجوب أن تبقى الخصومة الدستورية حية حتى وقت الفصل فيها، لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن القضاء أجاز الخروج عليها في أحوال استثنائية وهي:

أولاً: أن الفصل في الخصومة الدستورية لا يعتبر عقماً، إذا كان ثمة أساس معقول للقول بأن الأضرار التي رتبها النصوص المطعون عليها، قد تعود بعد انقطاعها، ليتعرض ثانية لبها المدعى في هذه الخصومة بما يؤكد رجحان تكرارها Capable of repetition؛ وبشرط أن تكون هذه الأضرار قصيرة مدتها إلى حد كبير، بحيث يستحيل الفصل نهائياً في الخصومة الدستورية قبل زوالها أو انقطاعها.

(١) Aetna life Ins. Co. v. Haworth, 300 U.S. 227 (1937).

(٢) Kremenets v. Bartley, 431 U.S. 119, 128 (1977); See also, Muskrat v. United States, 219 U.S. 346 (1911); DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974); Honig v. Doe, 484 U.S. 305, 332 - 333 (1988).

If the challenged action was in its duration too short to be fully litigated prior to its cessation or expiration and if there was a reasonable expectation that the complaining party would be subjected to the same action again

فالمرأة التي تطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تمنعها من إجهاض نفسها، يفترض أن تكون حاملا عند رفعها لدعواها الدستورية . فإذا قيل بأن الحكم في دعواها هذه قد صار عقيما بعد ولادتها لطفلها قيل الفصل فيها، لكان ذلك إنكارا لحقيقة أن مدة الحمل لا تستطيل حتى الفصل نهائيا في دستورية النصوص القانونية المانعة من الإجهاض . فضلا عن أن احتمال حملها من جديد قائم دوما، فلا يعتبر حق المرأة في الإجهاض منقضيًا بولادة طفلها -حيا أو ميتا- إذ هو من الحقوق المتجددة في كل مرة يتم إخصابها فيها.

والقول بغير ذلك مؤداه أن تتربص حملا جديدا حتى تقبل دعواها للدستورية الثانية، التي أن يكون حظها بالنسبة إليها أوفر من حظها في دعواها الأولى، لأن حملها لابد أن ينتهي بولادة طفلها قبل الفصل في دعواها الثانية، فلا تتوافر لديها أية وسيلة ملائمة تصون من خلالها ما تراه من حق لها في إجهاض نفسها، لتتور المرأة الحامل في حلقة لا نهاية لها. ولا مخرج منها إلا إذا نظرنا إلى المرأة باعتبارها مهياً بطبيعتها لأن تحمل كلما جامعها رجل؛ وأن حملها بالتالي متجدد بالضرورة، لتقوم مصلحتها في الخصومة الدستورية بحملها الأول وحده، ولو صار هذا الحمل منتهيا. ذلك أن مضار النصوص القانونية التي حرمتها من حق الإجهاض، تظل باقية على تقدير أن مجرد احتمال وقوع حمل جديد، وتكراره بالتالي، يرد للخصومة الدستورية أنفاسها، ويحدها إلى الحياة<sup>(١)</sup>.

(١) Roe v. Wade,, 410 U.S. 113 (1973).

ويلاحظ أن المرأة الحامل في هذه الدعوى كانت قد رفعت عام ١٩٧٠ دعواها للدستورية التي تطعن بها في دستورية تشريع الولاية الخاص بمنع الإجهاض. وقد فصلت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه الدعوى عام ١٩٧٣ أي بعد ثلاث سنوات من رفعها، كان الحمل خلالها قد انتهى.

ولو أن شروط القبول في جامعة، نميز بين طلبتها بالنظر إلى لونهم؛ وكان المدعى في الخصومة الدستورية -وهو أسود اللون- قد طعن بمخالفة هذا التمييز للدستور؛ وكان المدعى في الرعب الأخير من السنة النهائية لدراسته بكالgie الحقوق بها وقت نظر دعواه أمام المحكمة العليا، فإن مصلحته في دعواه هذه تكون مفتحة إذا كانت الجامعة قد تمهدت بأنها لن تلغى قيده بها ليا كانت نتيجة الفصل في دعواه هذه. ذلك أن هذا التمهيد مؤداه أن يكمل دراسته بغض النظر عن مضمون قضاء المحكمة العليا في دعواه، وأن تلحقه بالتالي أية مضار يتصور أن يلحقها بها.

See De Funis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974).

Capable of repetition, yet evading review.

ثانيها: أن يكون المدعى من أفراد طبقة بذاتها، كلن يكون محاميا أو طبيباً أو حرفياً ويدخل بذلك في عموم طبقة المحامين أو الأطباء، أو المهندسين أو الحرفيين.

وقد يكون المدعى كذلك أحد أفراد هيئة الناخبين ليصير واحداً من مجموعهم ودخلوا في طبقتهم فإذا حدد المشرع لأفراد هذه الطبقة جميعهم، شروطاً تنظم شأننا من شأنهم فإن استوفاء المدعى في الخصومة الدستورية لهذه الشروط بعد رفعها، مع استمرار تخلفها في باقي من أفراد طبقتهم، لا يجعل دعواه منقضية<sup>(١)</sup>. ذلك أن المدعى يمثل أفراد طبقتهم في مجموعهم، إذ هو من بينهم ولا يحيط بهم، فلا يكون إلا ممثلاً لهؤلاء الذين ينتمون إلى هذه الطبقة ذاتها، ولا زالوا مضارين من بقاء الشروط المطعون عليها لعدم استيفائهم لها، فلا يعتبر نزاعهم مع هذه الشروط منتها، بل حياً وقائماً، لإخلالها بالحقوق التي يطلوبونها<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: أن إلغاء المشرع للنصوص للقانونية المطعون عليها بعد تطبيقها في شأن المدعى، لا يجعل دعواه الدستورية منتهية لمعها.

ذلك أن الأضرار التي رتبها هذه النصوص في حقّه خلال فترة سريانها، لا يجوز إهمالها، بل يتعين إلزاقها بكاملها. وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها، ولو كان الإجراء الذي نازع المدعى في الخصومة الدستورية في مطابقتها للمستور، عملاً صادراً عن الجهة الإدارية. ذلك أن توقفها عن المضي فيه اختياراً Voluntary cessation، لا يحول دون الفصل في دستوريته، ما لم يعم الدليل على انتفاء كل توقع معقول Reasonable expectation لتكراره<sup>(٣)</sup>. فإذا كان احتمال

(١) Sosna v. Iowa, 419 U.S. 393, 399 (1975).

(٢) تسمى الدعوى في هذه الحالة بدعوى الطبقة Class action فلو أن المشرع تطلب من الناخب أن يكون مقبلاً في دائرته الانتخابية مدة سنة على الأقل مثلاً، وكان المدعى حين أقام دعواه الدستورية طاعاً في هذا الشرط لم يستوف مدة الإقامة، ثم استوفها بعد رفعها، فإن دعواه لا تصير منقضية. ذلك أن غيره من أفراد هيئة الناخبين في هذه الدائرة لازالوا غير مستوفين لشرط الإقامة، وعلى المدعى - وهو يمثلهم ويعتبر نائباً عنهم بوصفه واحداً منهم - أن يستمر في دعواه فلا يقضي بحكم قبولها.

Board of School commissioners v. Jacobs, 420 U.S. 128, 130 (1975).

(٣) United States Comm v. Geraghty, 445 U.S. 388 (1980).

عودتها إلى الإجراء أو القول بمخالفته للمستور بعد توقفها اختياراً عن المضي فيه، لإزال قائمتها، فإن الخصومة الدستورية التي تنازع في دستورية هذا الإجراء، لا تنقضي<sup>(١)</sup>.

رابعاً: أن الخصومة الدستورية في المسائل الجنائية، لا تعتبر عقيمة ولو كان المدعى فيها قد نفذ الحكم الذي دأبه بالعقوبة الجنائية، كلما قام الدليل على أن لهذه العقوبة آثاراً جانبية تلازمها وتقارنها Collateral consequence، إذ تظل للمدعى مصلحة محققة في إنهاء هذه الآثار التي يندرج تحتها حرمانه من مباشرة الحقوق السياسية أو من تقلد الوظائف العامة أو أن يكون مخالفاً، أو النظر إلى الجريمة التي دين بسببها كسابقة في دعوى جنائية لاحقة<sup>(٢)</sup>.

خامساً: أن الخصومة لا تعتبر منتهية، ولو أبدل المشرع النصوص القانونية المطعون عليها بنصوص جديدة محل مطعها، كلما كان زوال النصوص القديمة مع الآثار التي رتبها وأقعا بأثر مباشر. ذلك أن الأصل هو سريان القاعدة القانونية اعتباراً من وقت نفاذها وحتى إلغائها. فإذا أحل المشرع مطعها قاعدة جديدة، تعين تطبيقها اعتباراً من التاريخ المحدد لسريانها، وإهمال القاعدة القديمة من وقت إلغائها. فلا تتدخل القاعدتان الجديدة والقديمة في زمن تطبيقهما، ذلك أن لكل منهما مجالاً زمنياً لسريانها، فلا تتكرر الأضرار التي ألحقها النصوص القديمة بالمدعى في الخصومة الدستورية، خلال زمن العمل بها<sup>(٣)</sup>.

٤١٢- وسواء تطرق الأمر بانقضاء الخصومة الدستورية لزوال موضوعها، أو باستثناءاتها التي تقيد من إطلاقها، فإن الضرورة العملية هي التي توجهها، فلا تميل جهة الرقابة القضائية على

(١) United States V.W.T. Grant co., 345 U.S. 629 (1953); City of Los Angeles v. Lyons, 461 U.S. 95, 100-01 (1983).

فلو كانت الشرطة تعذب مثلاً الأشخاص الذين تعتقلهم أو تقبض عليهم، فإن توقفها عن ممارستها هذه، لا يحول دون الفصل في دستوريته.

(٢) County of Los Angeles v. Davis 440 U.S. 625 (1979). Sibron v. New York, 392 U.S. 40,55 (1968); Benton v. Maryland, 395 U.S. 784, 790-791 (1969).

(٣) القضية رقم ١٨ لسنة ٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/٢/٣ -قاعدة رقم ٢٣- ص ٤٤ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ وكذلك القضية رقم ٤٧ لسنة ٣ ق "دستورية"-جلسة ١٩٨٣/٦/١١ ص ١٣٧ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها.

للمستورية إلى تنفيذ قاعدة انقضاء الخصومة الدستورية إذا كان هذا التنفيذ لن يكون مغسدا في توقي المنازعة من جديد في شأن الحقوق عينها المثارة في هذه الخصومة.

كذلك فإنه كلما اقترن إنكار حق المدعى في الخصومة الدستورية، بمخاطر باهظة يتحملها، فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تحكم بلاقضائها.

سليماً: كذلك يفترض شرط بقاء الخصومة الدستورية حية وقت الفصل فيها، ألا تنتظر جهة الرقابة على الدستورية في خصومة لا شأن لها بالحقوق المدعى فيها.

### المبحث الرابع

#### الخصومة الافتراضية أو المجردة

#### Hypothetical case

٤١٢- لا يتحقق معنى الخصومة إلا إذا كان جوهرها نزاع محدد ومجسم *Definite and concrete* شأن هذا النزاع شأن الخصومة التي يختلف أطرافها، ويتوقفون على تكبيرها لإعطائها صورة لا تكل على حقيقتها.

ذلك أن الخصومة في هذه الصور لا تعد خصومة حقيقية، ولو كان موضوعها يؤثر مسائل بالغة الأهمية، أو كان لها من تماسكها وصلابتها ما يؤهل لبحثها وإصدار حكم فيها، أو من عمقها ما يفرضها بقوة على الأوضاع القائمة في بلد ما.

يؤيد ذلك أن قضاء الشرعية الدستورية لا يعينهم الفصل في خصومة دستورية لأغراض تتعلق بالتأصيل لأغراض أكاديمية يقتضيها النظر في العلوم وتعمق أغوارها. وليس من وظيفتهم كذلك إصدار أحكام لا تزيد قيمتها عن مجرد إعلان<sup>(١)</sup> حكم الدستور في السهواء *A mere declaration in the air*. وهم لا يفصلون كذلك في طعون تتعلق بملصوص قانونية لم تلحق بالمدعين في الخصومة الدستورية ويصفهم الشخصية- أية مضر واقعية؛ ولا في نصوص قانونية لن تخل بأية حقوق يملكونها<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز بالتالي النظر في أية خصومة دستورية لا يجاوز هدفها مجرد تقرير حقائق علمية لا تثير غير اهتمام الباحثين في علم القانون، ولا في خصومة دستورية لم تلحق بالحقوق الشخصية للمدعين فيها أضرارا فعلية، سواء في ذلك ما يكون منها داهما أو وشيكا؛ قائما أو مظلونا على خطر الوجود؛ محققا أو راجعا؛ أنيا أو مستقبلا. ذلك أن ولاية قضاء الشرعية الدستورية تنحصر في الفصل في المسائل الدستورية التي طرحها خصومة حقيقية لا تتوافق فيها مصالح أطرافها، وإنما تنقسم بحدتها وبضنادها وتخالقها إلى حد الصدام بينها، بما يجعل أطرافها غراما يتناوبون فيما قصده منها، ولا يتوقفون في أهدافهم بشأنها.

(١) *Giles v. Harris*. 189 U.S. 475, 486 (1903).

(٢) *Muskat v. United States* 219 U.S. 346 (1911).

ولا تعتبر خصومة حقيقية، تلك التي يطرحها أفراد بقصد إنهاء شكوكهم حصول دستورية بعض القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية A certain class of legislation إذا لم يكن لهذه القوانين من شأن حقوق شخصية يدعونها، ويناجزون خصومهم في معيهم لطلبها وتوكيدها.

#### ١٤- وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا

> حيثما شرط المصلحة الشخصية المباشرة، أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معياناتها النظرية أو تصوراتها المجردة.

وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة، ويرسم تخوم ولايتها. فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالنظر إلزام الفصل فيه: بما مؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء لكان هذا الضرر قد وقع فعلاً أم كان وشيكاً يهددهم. ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، ممكناً تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، علناً في مصدره إلى النص المطعون عليه.

إذاً لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على أن من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزاياء، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء مصلحته الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه المسور جميعها، لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدوى الدستورية، عما كان عليه قبلها.

ولا يتصور بالتالي أن تكون الدوى للدستورية أداة يعبر المتدعون من خلالها عن آرائهم في الشؤون التي تعينهم بوجه عام، ولا أن تكون نافذة يعرضون منها ألوفا من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإثباتها أو نفيها، أو طريقاً للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها. وإنما تبانير المحكمة الدستورية العليا ولايتها - التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرمتهم وحياتهم وأموالهم - بما يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل عليها اندفاعاً، ولا تعرض عنها

تراخيا. ولا تقتحم بممارستها حدودا تقع في دائرة عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية. بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذا أخيرا ونهائيا، وأن تكور وجودا وعدما مع تلك الأضرار التي تستقل بعناصرها، ويكون ممكنا إدراكها، لتكون لها ذاتيتها. ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهما أو ملتحلا أو مجردا *in abstracto* أو يقوم على الافتراض أو التخمين *Conjectural*.

ولازم ذلك، أن يقوم الدليل جليا على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، وألا يؤمن المدعى بدعواه الدستورية -وكأصل علم- حقوق الآخرين ومصالحهم بل ليكن أصل إنفاذ تلك الحقوق التي تعود فائدة صونها عليه *In Concreto*<sup>(١)</sup>.

(١) دستورية عليا القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٣ يولييه ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ - ص ٥٠-٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### المبحث الخامس

#### الخصومة التي لم يكتمل نضجها

#### Unripe cases

٤١٥- وكما أن شرط المصلحة للشخصية والمباشرة يبين من يجوز أن يقسم الخصومة للدستورية Who may bring the case فإن شرط رفعها في أولها يحدد كذلك وقت طرحها على جهة الرقابة القضائية When case may be brought. ولا يجوز بالتالي لأية خصومة أن تستبق أو أن الفصل فيها. وكما أن الجهة القضائية لا يجوز أن تقدم مشورتها لأحد في شأن المسائل التي تطرح عليها لأخذ رأيها فيها على أساس أن ولايتها تنحصر في الفصل في كل خصومة قضائية توافرت شروط اتصالها بها وفقا لقانونها، لتصدر فيها حكما لا ينتقض، فإن منعها من الفصل في مسائل لم يكتمل نضجها Premature Questions، مردد أن مثل هذه الخصومة أن يكون لها مسن أثر على حق أو التزام لرافعها.

ويتعين بالتالي -وكشرط مبدئي للفصل في الخصومة للدستورية- أن تستكمل هذه الخصومة عناصر النزاع المثار فيها، ليدل اجتماع هذه العناصر على أن هذا النزاع ليس متوهما ولا منتحلا، وإنما يمثل خصومة محتكمة بين أطرافها. فلا يكون توقيت عرض الخصومة على الجهة القضائية غير تحديد لما إذا كان الفصل فيها مواتيا<sup>(١)</sup> The Fitness of the Issues for Judicial Determination. أو أن نضجها لم ينتهيا بعد. شأن الخصومة القضائية في ذلك شأن النماز التي لا يأكلها أحد قبل أن يحين قطافها<sup>(٢)</sup>

Litigation is like fruit which must not be picked until it has ripened.

ومن ثم لا تتحدد الصورة الكاملة لعناصر النزاع في الخصومة القضائية إلا على ضوء زمن رفعها، سواء كان مرور الزمن ضروريا لتحديد اكتمال عناصر النزاع أو تخلفها، أو لتحديد حدة التقادم التي بلغت.

ويتعين على ضوء هذه المفاهيم أن نقرر أن الخصومة للدستورية التي يجوز الفصل قضائيا فيها هي التي تطرح عنوانا حكوميا فطريا على حق أو حرية كظلم الدستور إذا كان المدعى قد

(١) يقصد بالخصومة التقاضية تلك الادعاءات التي يطرحها المتقاضون أمام المحكمة للفصل فيها وفق الإجراءات التي يبينها القانون أو المتعارف عليها من أجل إنفاذ الحقوق المدعى بها أو لرد العدوان عليها.

In re Pacific Railway Comm., 32 Fed. 241 (C.C. Cal. 1883)

(٢) Public Serv. Comm., n v. Wycoff Co., 344 U.S 237 (1952).

أضيق من جراء هذا العدوان. فإذا قام موضوع الخصومة الدستورية على احتمال وقوع هذا العدوان، فإن القول به يكون فرضاً جديلاً قد لا يتحقق على الإطلاق A hypothetical operation of a government act, that has not yet had actual impact on private rights and obligations ولأن جهة الرقابة القضائية لا تفصل في المسائل الدستورية ما لم يكن ذلك ضرورياً لأبعد حد، فإن عليها ألا تفصل في خصومة لم يحن ألوان رفعها سواء لتعلقها بمسائل مجردة أو غير محددة بصورة كافية، أو بأحداث مستقبلية قد لا تتحقق بالصورة المتوقعة لها، أو قد لا تتحقق على الإطلاق.

ويتعين بالتالي التركيز على طبيعة المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية للنظر فسي مواتاة الفصل فيها. فما يكون منها بعيد الاحتمال Too remote، أو قائماً على محض الصنفة Too contingent، أو على فروض جدلية يعرضها أصحابها في صورة مجردة Too hypothetical for adjudication مؤداه أن الخصومة التي تطرحها تستيق ألوان الفصل فيها. ويتعين دوماً أن ننظر في اكتمال بنیان الخصومة، إلى كافة ملامحها، وليس إلى بعضها دون بعض.

فقد يتلقى الطعن بعدد من النصوص القانونية يكون الفصل في بعضها فقط مواتياً. وجندئذ تقتصر الخصومة عليها. فما أضيق من هذه النصوص بحق أو بمصلحة للطاعن يجوز الفصل فيه. وما كان من هذه النصوص غير مؤثر في هذا الحق أو تلك المصلحة، فإن الفصل في دستوريته يكون محظوراً<sup>(١)</sup>.

وتتخذ جهة الرقابة القضائية على الدستورية بشرط ألوان الخصومة حتى في مجال انتقائاتها لنوع للترضية القضائية التي توفرها لرفعها. فلو أن أشخاصاً كان قد قبض عليهم ثم أُطلق سراحهم، فإن الخصومة التي يرفعونها لتوقي احتمال القبض عليهم من جديد، تكون قبل أوانها، ولا يجوز قبولها لتعلقها بتصور مستقبلي يقوم على التخيل<sup>(٢)</sup> Speculative future harm.

كذلك فإن النصوص القانونية التي يتحدد على ضوئها ما إذا كان شخص معين يعتز مخرلاً عقلياً، لا يجوز الطعن بمخالفاتها للمستور قبل بدء تطبيقها في حقه. وكذلك الأمر في شأن كل ضرر يكون تصورياً Speculative.

(١) Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Bd., 367 U.S. 1, (1961).

(٢) O' Shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974).

ولو أدين شخص بأكثر من عقوبة عن جريمة ما، وكانت إحداها تنقض الدستور، فإن  
الطعن عليها يكون مقبولا، ولو كان المحكوم عليه مودعا في أحد السجون لتنفيذ العقوبة التي لا  
نزاع في دستورتها.

ويتعين بالتالى للقول باستواء الخصومة الدستورية على قدميها، ورفعها بالتالى فى أولها،  
أن تدل للنصوص المطعون عليها -بأثرها- على تدخلها فعلا فى شأن يخص رافعها Actual  
Interference.

فإن لم يكن من شأن النصوص المطعون عليها تحقيق هذا الأثر، فإن الحكم الصادر فيها لن  
يتعلق بغير مسائل مجردة فى طبيعتها، وإن يتصل بالتالى بحقوق يطلبها أفرادها كأثر مباشر  
لإخلال النصوص المطعون عليها بها.

يؤيد هذا النظر أن قضاء الشريعة الدستورية لا يباشرون وظيفتهم القضائية، إلا من خلال  
خصومة قضائية تحدد موضوعها بصورة جلية لا خفاء فيها، وتتغيا رد عدوان على حق أو حرية  
ظاهرة أبعاده، فلا يكون الإخلال بالحق أو بالحرية تصورا نظريا أو توقعا فرضيا، بل تدخلا قائما  
فى هذا الحق أو تلك الحرية بما يخل بصورة فعلية بمصالح أصحابها.

ودون ذلك، لا تبلور للخصومة بين أطرافها ما شجر بينهم من نزاع حقيقى، وإنما تكون  
واقعاتها غير متطورة بدرجة كافية فى مواجهة أطرافها، ونطاق المسائل التى تطرحها ليثربها  
التجهيل بالنظر إلى قصور مكوناتها، أو تخيلها أو توقعها فى صورة مجردة، فلا يكون ميلاد  
الخصومة مكتملا بها Not fully born.

ويظل الأصل فى كل خصومة قضائية أن يكون لها من نضجها ما يؤهل للفصل فيها. ذلك  
أن كل خصومة تفترض الجزم بواقعاتها، وينطاق المسائل التى تطرحها للفصل فيها، وتعلقها  
بالضرورة بحدود قائم على أحد الحقوق التى يكتفلها الدستور.

إذا لم يكن ثمة إخلال بها، وإنما كان التدخل فى شئون رافعها بالعمل أو الإجراء المطعون  
عليه، تصورا يقوم على التخيل، أو يتوخى مواجهة مجرد إحباط أو توهم أو ارتعاش من طبيعة  
شخصية Subjective Chill فإن الفصل فى دستورية هذا العمل أو الإجراء لا يكون مقبولا، ولا

دالا على مخاطر فطية تضر بالحق المدعى به كأثر للتدخل بالعمل أو بالإجراء في نطاقه ولو اقتصر المدعى على أن يطلب من قضاء الشرعية الدستورية أن يسيروا حكماً تقريرياً *A declaratory judgment* في شأن الحقوق المتنازع عليها يثبتها لأحد الخصمين دون الآخر. ذلك أن الأحكام التقريرية، وإن جاز تشبيهها بالأراء الاستشارية من جهة عدم جواز تنفيذها جبراً، إلا أن هذه الأحكام تفارق تلك الآراء في تعلقها بخصومة فطية تتناقض من خلالها مصالح أطرافها، لتحسم الحقوق المتنازع فيها بينهم<sup>(١)</sup>، ولا يتصور بالتالي أن تصدر تلك الأحكام في خصومة فرضية لا شأن لها بنزاع استحكم بين أطرافها.

وفي مجال الفصل فيما إذا كانت الخصومة الدستورية قائمة على عناصر مكتومة، أم أن أو أن الفصل فيها لم يكن بعد، يتعين التمييز بين نصوص قانونية نافذة بذاتها *Self-executing Provisions*، وبين نصوص قانونية لا تفل بحقوق المخاطبين بها قبل تطبيقها في حقهم.

ذلك أن النصوص القانونية النافذة بذاتها، هي التي يكون مجرد سريانها كافلاً لإجراء آثار تتناقض مصالح المخاطبين بها *Adverse effect* ولو لم يجر تطبيقها في حقهم. وهو ما يتحقق في النصوص التي تأمر المخاطبين بها بإداء أفعال معينة أو الامتناع عن أفعال تنهاهم عن القيام بها، وإلا حق عليهم الجزاء المقرر بها عن مخالفة أوامرها ونواهيها. ذلك أن مجرد إقرار المشرع لهذا النوع من النصوص يرتد سلباً على حقوق المخاطبين والتزاماتهم من خلال المخاطر الداهية التي تصيبهم إذا لم يمتثلوا لها. فالنصوص الجنائية تؤثر الأفعال أو صور الامتناع التي حددتها. والمخالفون لها يعاقبون جنائياً عن كل فعل أو امتناع لا يتقيد بحكمها. ومثل هذه النصوص يجوز الطعن عليها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجر تطبيقها في حق أحد من المخاطبين بها. ذلك أن مجرد وجود هذه النصوص وشخصها في مواجهتهم يلحق بهم أضرار للمخاطر التي تتسبب من حقوقهم وحررياتهم. ولا يتصور بالتالي أن يترص هؤلاء توجيه اتهام إليهم بالخروج عليها، وإرتكابهم بالتالي لجريمة منعهم المشرع من الإقدام عليها، حتى تقبل الخصومة الدستورية التي يجحدون بها دستورية هذه النصوص<sup>(٢)</sup>.

(١) Norman Redlich- Bernard Schwartz and John Attanasio; "Understanding Constitutional Law, 1995, p. 23 .

(٢) *Euclid v. Ambler Realty Co.* 272 U.S. 365 (1926); *Pierce v. Society of Sisters* 268 U.S. 510 (1925).

وحتى النصوص الجنائية لتي لم يجر تطبيقها في حق المخاطبين بها لمدد استغلال زمنها  
Desuetude، يجوز الطعن عليها بمخالفتها للدستور<sup>(١)</sup>

كذلك فإن القيود التي يفرضها المشرع على الملكية، والتي تحمل أصحابها أعباء اقتصادية  
باهظة تكلفتها، يجوز الاستباق إلى دفعها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجر تطبيق هذه  
القيود في شأن رافعها<sup>(٢)</sup>.

وإذا صدر قانون يفرض عقوبة جنائية على أولياء أمور الطلبة الذين لا يحضرون أبناءهم  
بالتعليم العام، فإن من شأن مريان هذا القانون، أن ينطق بالتعليم الخاص أمام الأبناء، وأن تنطلق  
معاهد هذا التعليم لأربابها في وجههم، فلا يلجأ أحد منهم<sup>(٣)</sup>.

ومن ثم يكون مجرد صدور هذا القانون منطوقا على مخاطر لا يستهان بها يتهدد بسببها  
القائمون على شؤون التعليم الخاص. وهي مخاطر لا يدفعونها إلا من خلال الخصومة الدستورية  
يرفعونها لإنهاء وجود ذلك القانون، خاصة ولهم يظلون مهدين بالعقوبة التي يفرضها، ولو لم  
يصدر في شأنهم اتهام جنائي. ولا يجوز القول بالتالي بأن صدور هذا الاتهام يعتبر شرطا مبدئيا  
لقبول الخصومة الدستورية التي يسعون من خلالها إلى إبطال النصوص القانونية التي ألزمهم  
بإلحاق أبناءهم بالتعليم العام؛ إذ لو جاز ذلك، لكان عليهم ترخيص الدعوى الجنائية وترقبها، حتى  
إذا داهمتهم، طرحوا مناعتهم على هذه النصوص أثناء نظر الدعوى الجنائية - وكشفاع فوها -  
وهو مالا يتصور تكليفهم به.

ذلك أن تحوطهم لحقوقهم التي كفلها الدستور، يتقدم ترقبهم الإخلال بها. ويتعين بالتالي على  
جهة الرقابة على الدستورية أن تتعامل مع نصوص القانون المشار إليه باعتبارها نافذة من وقت  
صدورها، ولو لم يصدر اتهام جنائي في شأن الذين تبسهم هذه النصوص<sup>(٤)</sup>.

(١) Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968).

(٢) Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U.S. 365 (1926).

(٣) Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

(٤) Ex parte Young 209 U.S. 123 (1908); Backard v. Banton, 264 U.S. 140 (1924); Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 528 (1961).

وعليها بالتالي أن تنتظر إلى الخصومة الدستورية -في الصور التي أسلفنا بيانها- بافتراض نضجها وتكامل عناصرها. ذلك أن من غير الحل ومما يجافي المنطق كذلك، حمل الأشخاص الذين أثار قانون ما في حقوقهم و التزاماتهم، على مخالفة هذا القانون، والتعرض للعقوبة التي فرضها، كشرط للجوئهم إلى جهة الرقابة على الدستورية، للحصول منها على حكم ببطلان هذا القانون.

إذ لو قيل بذلك، لصار شرط قبول الطعن بعدم دستورية قانون قضى بعزل المعلمين الذين يناهضون الدولة بأعمالهم، هو ارتكابهم الأعمال التي حظرها؛ ولكن عليهم الخيار بين الخضوع لأحكامه، أو تحمل الجزاء على مخالفتها. بما يوقعهم في حرج لا يرد عنهم إلا بالخصومة الدستورية التي يرفعونها بمجرد صدور هذا القانون<sup>(١)</sup>.

٤١٦- وتظل الخصومة الدستورية متوافرة عناصر نضجها التي تتكامل بها سيوية على قدميها، ولو كان موضوعها الفصل في دستورية قانون يحظر على المدرسين -بالعقوبة- التي فرضها- تدريس مادة بذلتها؛ ولو كان هذا القانون قد ظل مهملًا مدة طال زمنها؛ وكان ثابتًا كذلك أن اتهامها لم يوجه إلى المخاطبين بهذا القانون. ذلك أن القوانين الجنائية تشرع سنيها في وجه المخالفين لها كلما قرر المدعى العام تطبيقها من خلال اتهام جنائي يوجهه إلى المعصاة. فلا يفصل بين حريتهم من جهة وتقييدها من جهة ثانية، غير نزوة للمدعى العام التي لا يجوز معها

(١) ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية كان لها قضاء مختلف، فقد عرضت عليها قضية كان موضوعها أن قانونًا صدر في شأن موظفي الدولة يمنهم من الاضطراب في الأعمال أو الحملات السياسية تحت طائلة الجزاء الجنائي. وقد أعلن المخاطبون بهذا القانون، عن عزمهم على القيام بالأعمال التي حظر المشرع عليهم ارتكابها، إلا أنهم لم ينصحوا عن طبيعة الأعمال التي ينوون القيام بها، أو نسوع الآراء التي يريدون إعلانها لدعم موقفهم، ووسلواهم إلى تنفيذ أغراضهم، بالرغم من أن الخصومة الدستورية التي رفعوها، كان هدفها أن تصدر المحكمة أمرًا *An injunction* يمنع الجهة المختصة بتنفيذ هذا القانون، من فرضه عليهم. وقد قضت المحكمة العليا إلى أن الأوراق لا تكتل على أن المدعين في الخصومة الدستورية قد أخلوا بذلك القانون، وأن ادعواهم بالتالي لا تزيد عن طلبهم آراء استشارية منها في مسائل من طبيعة مجردة، فلا تنوافر الضرورة التي تقتضيها الفصل في المسائل الدستورية المثارة.

United Public workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947); Alder v. Board of Education, 342 U.S. 484 (1952)

التقول بأن القوانين الجنائية التي لم يجر تطبيقها، لا تمثل غير مخاطر يتوهمها الخاضعون لأحكامها.

ومن الفقهاء من يقرر بأن النصوص للناذرة بذاتها، لا تنحصر في النصوص الجنائية. وإنما تتوافر هذه الصفة كذلك في غير هذه النصوص إذا كان من شأنها التأثير مباشرة في حقوق الأفراد وحررياتهم الخاصة Immediate consequences upon private rights and obligations. بما يرتد سلباً عليها، مدنياً كان هذا القانون أم جنائياً<sup>(١)</sup>.

٤١٧- وقد تعدد عناصر الخصومة الدستورية. فإذا كان نضجها مكتسباً في أحد عناصرها أو بعضها دون غيرها، فإن هذه العناصر وحدها هي التي تحدد ملامح الخصومة الدستورية التي يجوز النظر في قبولها، إذا كان شرطاً وحدة موضوع الخصومة الدستورية لا يختل نتيجة فصل العناصر التي اكتمل نضجها عن سواها من عناصر هذه الخصومة.

وقد تتعلق المسائل الدستورية التي نثيرها الخصومة الدستورية، بأكثر من نص قانوني. فإذا كان الطعن في إعدامها مقبولا بالنظر إلى اكتمال عناصر الخصومة القضائية بالنسبة إليه، فإن باقيها لا يعتبر كذلك تبعاً أو بالضرورة. ذلك أن الأصل في الفرضية القضائية، هو تعلقها بأضرار قام الدليل عليها. ولا محل بالتالي لتقرير فرضية قضائية قبل أوانها، كذلك التي تتوخى مواجهة أضرار<sup>(٢)</sup> مستقبلية تخيلية<sup>(٣)</sup> Prevention of speculative future harm.

وقد لا تكتمل الخصومة الدستورية ملامحها إلا بتحقق واقعة معينة تعطيلها حيويتها، وتنتهياً بها ضوابط الفصل فيها.

فالذين يقولون بأن تدخل الحكومة في ملكيتهم آل إلى أخذها منهم دون تعويض، لا تقبل الخصومة الدستورية منهم، إلا بعد استفادهم لكل الطرق المفتوحة أمامهم للحصول على هذا التعويض<sup>(٤)</sup>.

(١) Norman Redlich; Bernard Schwartz; John Attanasio, "Understanding Constitutional law", 1995, pp.24-28

(٢) O' shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974).

(٣) Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984).

ومع ذلك إذا كان أخذ ملكيتهم لغير مصلحة عامة، فإن الخصومة الدستورية تقبل منهم دون حاجة للخوض في استحقاق التعويض أو تحديد مقداره.

وقد يكون من المحقق حدوث الواقعة التي يرتبط بها الضرر المدعى به. ومع ذلك قد ترجى جهة الرقابة القضائية على الدستورية الفصل في الخصومة الدستورية حتى تستبين بصورة أفضل ملامح هذا الضرر في زمن لاحق<sup>(١)</sup>.

وبوجه عام، كلما كان الضرر قائماً على مجرد احتمال قد يقع في المستقبل البعيد. *A mere possibility in remote future* فإن الطعن على النصوص القانونية المدعى تعلق هذا الضرر بها، يكون مستيقناً أو أن الفصل فيها.

ذلك أن من غير الجائز الفصل في المسائل الدستورية قبل أن تتحقق الآثار السلبية للنصوص القانونية المطعون عليها، والتي يضار الطاعن بها. ومجرد تصور هذه الأضرار، أو حتى توقعها ليس كافياً، باعتبار أن سلطة الفصل في دستورية النصوص القانونية لا تجوز مباشرتها قبل وقوع تدخل فعلي يخل بالحقوق التي يدعيها أطرافها. فإذا لم يكن ثمة تدخل أصلاً، أو كان القول بوجوده تحزيراً، أو كانت الأضرار المدعى بأن للتدخل قد رتبها، محددة تحديداً عاماً بما يجعل بحقيقتها، وينسبها إلى من يدعون أنها أصابتهم في مصالحهم، فإن الخصومة تكون منعقدة قبل أوانها. ذلك أن الأضرار التي يدعونها تبلور صعوبة *Hardship* يطمعون في دفعها. فلا يكون بيان ماهيتها بما يزيل كل غموض حولها ويؤكد ذاتيتها، إلا ضرورة يقتضيها الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها.

كذلك فإن المسائل الدستورية التي يطرحها الطعن على هذه النصوص، ينبغي عرضها بما يجليها، ويكمل انساقها مع عناصر الخصومة الدستورية المصعدة لموضوعها *Fitness of the Issues*.

يؤكد هذا النظر أن النصوص القانونية لا تناقض الدستور في كل تطبيقاتها، وإنما ينحصر الطعن على جوانبها التي أضير الطاعن منها. فلا يكون تصويبها إلا من خلال خصومة دستورية

(١) Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568 – 581 [1985].

لا تتحد وقائمتها، ولا المصالح المثارة فيها، مع غيرها. وإنما يكون لوقائمتها ذاتيتها، وأنوع المصالح المراد حمايتها بها خصائصها، فلا يكون بيانها وإيضاحها -سواء في طبيعتها أو أبعادها- خالفها.

على أن واقعة المضار التي تنتجها النصوص المطعون عليها، والتي لا تقوم الخصومة الدستورية في أولها بدونها، لا يعني مثولها وحلولها بعناصرها جميعا، وإنما يكفي أن تكون مخاطر حدوثها حقيقية.

وقد تكون المسائل الدستورية المثارة من خلال هذه الخصومة من طبيعة قانونية صرفه Purely Legal، فلا تطورها أو من عناصرها لية واقعة مادية مستقبلية<sup>(١)</sup>.

وقد تكون الطبيعة القانونية هي الغالبة في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية Predominantly Legal فلا يكون إرجاء الفصل فيها حتى تتطور عناصرها الواقعية، ضروريا، ولو كان أكثر فائدة<sup>(٢)</sup>. ولئن كان الأصل في الخصومة الدستورية أن يرتبط نضجها بعامل الزمن؛ وكان تكامل ملامحها قد يتحقق في بدنها، إلا أن أحداثا لاحقة قد تصق النزاع المطروح فيها وتزيده حدة؛ وقد تنهيه في بعض جوانبه، أو بصورة كاملة، فلا يكون الفصل في المسائل الدستورية في زمن لاحق، إلا ضرورة يقتضيها أن تنهيا للخصومة الدستورية لأسبابها التي تحتم الفصل فيها.

ويبغي أن يلاحظ أن إرجاء الفصل في الخصومة الدستورية، قد يعرض رافعها لمخاطر لها شأنها. ويقدر حدتها ومداهها، تقر جهة الرقابة على الدستورية ضرورة الفصل فيها، أو التراخي في نظرها<sup>(٣)</sup>.

(١) Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568, 581 (1985).

(٢) Pacific Gas and Elec. Co. v. State Energy Resources Conservation and Development, 461 U.S. 190, 201 (1983).

ويلاحظ أن الفصل فيما إذا كانت المسائل المطروحة في الخصومة الدستورية من طبيعة قانونية صرفة أو تغلب عليها الطبيعة القانونية من المسائل الخلافية.

See Scharpf, "Judicial Review and the Political Question: A functional Analysis," 75 Yale law journal, 517, 531- 33 (1966).

(٣) Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714 (1986).

وفي النظم الفيدرالية، تحرص المحكمة العليا الفيدرالية، على إيجاد نوع من التجانس في علاقاتها بمحاكم الولايات الأعضاء في الاتحاد. فلا تفصل في دستورية نصوص قانونية مطعون عليها أمامها، قبل أن تقول محكمة الولاية كلمتها في شأن اتفاقها أو اختلافها مع الدستور. ذلك أن محكمة الولاية قد تفسر النصوص القانونية المطعون عليها بما يوفقها مع الدستور، فلا تقوم ثمة حاجة من بعد لعرضها مرة ثانية على المحكمة العليا الفيدرالية، ما لم تكن مخالفتها للدستور ظاهرة من وجهها *On its Face*، بما يلزم المحكمة الفيدرالية العليا عندئذ بالفصل في دستورتها دون أن تتربص قضاء محكمة الولاية في شأنها<sup>(١)</sup>.

---

(١) *Zwickler v. Koota*, 389 U.S. 241. (1967).

### المبحث السادس

#### انتفاء مفهوم الخصومة في مجال الآراء الاستشارية

#### Advisory Opinions

٤١٨- لا تتفيا للخصومة القضائية غير الفصل في الحقوق موضوعها بقضاء قطعي يكون منها لها وعلى الأكل في بعض جوانبها.

فلا يدخل في مفهوم الخصومة القضائية، الدعوة التي توجهها السلطة التنفيذية أو التشريعية إلى جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، طلبا لرأيها في المسائل التي تعرضها إحداها عليها، وذلك إما كان قدر أهمية السؤال المطروح عليها أو نوع المصالح التي يتصل بها.

ذلك أن مثل هذه الدعوة، لا تدور أن تكون طلبا للفتيا في مسائل بذواتها. وقد يكون لهذه المسائل من تعدها واتصاعها وغموض جوانبها ما يدعو السلطة التنفيذية أو التشريعية إلى التردد في اتخاذ قرار فيها حتى تعرضها على جهة قضائية محايدة، لها من وزنها وعمق اجتهاداتها في المسائل التي تطرح عليها، ما يدعو إلى احترامها والقبول برأيها في المسائل التي تناولتها بإفتائها، وبمراعاة أن الآراء التي تبديها هذه الجهة القضائية المحايدة في المسائل التي تطرح عليها - لا تعتبر حكما صادرا في خصومة، بل محض آراء لا تتولف لها قوة اليقين القضائي، ولا تصدر إلا في مسائل مجردة بطبيعتها، ولا يفترض أن يتعلق موضوعها بأشخاص تتناحر مصالحهم أو تتفرق اتجاهاتهم.

ولا اختصاص لجهة الرقابة على الدستورية بإبداء هذه الآراء ذات الطبيعة الاستشارية. ذلك أن ولايتها تنحصر في الفصل في الخصومة القضائية التي تتصل بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها قانونا. ومن ثم يكون إيدؤها لهذه الآراء انحرافا منها عن حدود ولايتها<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر في ذلك الرسالة التي بعثها رئيس الجمهورية جورج واشنطن والتي طلب منها من رئيس المحكمة الدستورية العليا للولايات المتحدة Jay، تفسير معاهدات وقوانين الولايات المتحدة التي تتعلق بمسائل القانون الدولي الناشئة عن حروب الثورة الفرنسية. وقد رفض رئيس المحكمة إجابته إلى طلبه

Correspondence and public papers of jahon joy, H.johnston rd. (New York : (1893)486-489).

ذلك أن الخصومة القضائية التي تختص بنظرها، لا تتحدد وقتئها، ولا نطاق الحقوق المتنازع عليها، بعمل منفرد من أحد أطرافها. وإنما تفصل الجهة القضائية في الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها والتي يطرحونها بصورة جادة تكل على تناقض مصالحهم بشأنها فلا تفصل الجهة القضائية في غير الخصومة Antagonistic claims actively presses<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن مودى الوظيفة القضائية التي يباشرها جهة الرقابة على الدستورية، أن تفصل هذه الجهة علائقية في المسائل التي تتناولها الخصومة القضائية، وفي ضوء من تكافؤ أطرافها في أسلحتهم، ومواجهتهم لبعض في دفاعهم وعرض لاحتهم؛ فلا يكون الفصل في الحقوق التي تتناولها الخصومة القضائية وقتها وراء جدران أحكام إغلاق أبوابها، ولا من زاوية وجهة نظر منفردة تخص أحد أطرافها دون غيره.

ولا كذلك الآراء الاستشارية التي تبديها الجهة القضائية Extra Judicial Advice. ذلك أن السلطة التشريعية أو التنفيذية التي تطلبها، هي التي تسلط الضوء على المسائل موضوعها؛ وهي تعرضها بالطريقة التي تراها؛ وقد تعدد إلى إخفاء بعض عناصرها أو تحويرها حتى تصدر هذه الآراء بما يوافق وجهة النظر التي تدعيها، وبما ينفي حقيقتها في عرضها لأبعاد هذه المسائل التي تتلون بأهوائها، وتوجهها مصالحها. وهي بذلك لا تعطي لتلك المسائل حقيقة ثوبها؛ لكنها تشكل قسماتها في الصورة التي تريدها لها. فلا تعبر الآراء التي تبديها جهة الرقابة على الدستورية في شأنها، عن صحيح حكم القانون. وإنما تكون آراء مظلومة قسي وقتاعتها، وفي النصوص القانونية التي تحكمها. فضلا عن إيدائها لهذه الآراء بطريقة غير قضائية، وفي نطاق لا يتصل بأداء الوظيفة القضائية.

كذلك فإن استقلال جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن السلطين التشريعية والتنفيذية، ينافيه أن يكون القول بالآراء التي تبديها هذه الجهة -حتى وإن جاز لها إيدائها- معلقا على موافقة السلطة التي تطلبها. وتعتبر هذه الآراء كذلك تقريرا لحكم للقانون في مسائل لم تطرح على

(١) Alabama State Fed'm. of Labor v. McAdory, 325 U.S. 450, 461 (1945); United States v. Evans, 213 U.S. 297, 300 (1909); Muskrat v. United States, 219 U.S. 346, 362 (1911).

الجهة القضائية بصورة قاطعة تحيط بكافة مكوناتها، ولا بالأوجه المختلفة لملاحمتها التي لا يكشفها غير تنازع المصالح وتطاحن من خلال الخصومة الدستورية<sup>(١)</sup>.

فضلا عن أن إرهاق جهة الرقابة على الدستورية بالأراء التي تبديها في غير خصومة، يزيد من أعبائها، وقد يصرفها عن مهامها الأصلية، وقد يشوه عملها ويظهره في صورة قائمة، خاصة وأن هذه الجهة لا تستخلص بنفسها عناصر المسائل التي يتعلق بها رأيها، وإنما تستقل السلطة التي عرضتها بتحديدها. فلا يكون اتصال جهة الرقابة على الدستورية بهذه العناصر موضوعيا، ولا إدراكها لها بصيرا بحقائقها. وإنما يتخذ النزاع الصورة التي رسمتها به السلطة التنفيذية أو التشريعية بما يجعل بيانها لأبعاده تعبيرا عن موقفها من هذا النزاع، وتصويرا لنزواتها التي لا شأن لها ببيان حكم القانون في المسائل التي تطرحها على جهة الرقابة على الدستورية لأخذ رأيها فيها.

وتطرق الخصومة القضائية بالحكم لا بالفتيا، بعد موقفا ثابتا لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في الأعم من الدول. ذلك أن الأراء الاستشارية التي تبديها هذه الجهة للسلطة التي طلبتها منها في غير خصومة، لا تبلور غير قراءتها الحرفية لنصوص الدستور بغض النظر عن زمن تطبيقها. فلا تبصر حقيقة الأوضاع المتغيرة والمتطورة التي يعايشها مجتمعها، ولا تزن بالقسط تصارع المصالح وتتلفسها التي يتجاذبها أطرافها *The Legitimacy of Balancing Competing Interests*. ذلك أن الأراء الاستشارية لا تصدر في غير واقعها التي صورتها

(١) United States v. Freuhauf. 365 U.S. 146 (1961).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية

Such opinions, Such advance expressions of legal judgment upon issues which remain unfocused because they are not pressed before the Court with that clear concreteness provided when a question emerges precisely framed and necessary for decision from a clash of adversary argument exploring every aspect of a multi-faced situation embracing and demanding interests.

وشكلتها السلطة التي طلبتها<sup>(١)</sup> فلا يصححها أحد في وصفها لها، ولا يطرح من الدلائل ما ينالضها.

وينبغي أن يلاحظ في هذا المقام، أن الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها، ويطرحونها بصورة جادة تدل على تناقض مصالحهم Antagonistic claims actively presses هي التي يتم الفصل فيها من خلال حكم قضائي. ولا يعتبر اتفاق أطرافها فيما بينهم حول حكم القانون بشأنها، منفصلاً لخصومة ودية، ولا طلباً لأراء استشارية تستر وراء الخصومة القضائية<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم يكون شرط الخصومة حائلاً دون أن تقدم الجهة القضائية إجابات عن أسئلة توجه إليها، ولو كانت من طبيعة دستورية. وليس للجهة القضائية بالتالي أن توجه نصيحة للحكومة فيما ينبغي عليها أن تفعل أو لا تفعل، وذلك أيا كان قدر السؤال المطروح عليها، أو نوع المصالح التي يتطرق بها<sup>(٣)</sup>.

---

(١) كان الرئيس الأمريكي واشنطن قد طلب من رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تفتحه في شأن حكم القانون الدولي العام في بعض المسائل المتوقعة بمركز الولايات المتحدة كدولة محايدة في الحرب الأوربية لعام ١٧٩٣، إلا أن رئيس المحكمة Jay رفض ذلك بإصرار، قائلًا بأن المشورة التي تبديها المحكمة في هذه المسائل تخرج عن اختصاصها. وقد نشر هذا الرد في خطاب وجهه Jay إلى رئيس الجمهورية. انظر لصن الرد في:

Schwartz, A Basic History of the U.S. Supreme Court 89 (1948).

(٢) Ins. v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).

(٣) Chicago 2 Sothern Air Lives v. Waterman Steamship Corp. 333 U.S. 103 (1948).

### المبحث السابع

#### امتناع الفصل في خصومة لم تستكمل بياناتها

٤١٩- توجب المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن يتضمن قرار إحالة المسائل الدستورية إليها، أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقا لحكم المادة السابقة، بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، ونص الدستور المدعى بمخالفته، وأوجه المخالفة.

وهذا النص مؤداه، أن الدعوى الدستورية -وسواء حركها قرار صدر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، تحيل به مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، للنصوص القانونية التي بان لها من وجهة مبنيّة مخالفتها للدستور؛ أم كان الطريق إلى رفعها، تصريح بإقلمتها صدر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بعد دفع أيداء خصم أمامها بعدم دستورية نصوص قانونية يلزم تطبيقها في النزاع المغروض عليها، وقد ردت هي جديته- فإن كلا من القرار الذي يحيل المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا؛ وكذلك صحيفة الدعوى التي يرفعها خصم إليها، يجب أن يتضمن بيانا بالنصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى مخالفتها، ومواطن التعارض بينها. ذلك أن الخصومة الدستورية هي الطريق إلى إرساء الشرعية الدستورية التي تتوخى أصلا صون حقوق المواطنين وضمان حرياتهم، ويتعين بالتالي ضمان جديتها.

ومن ثم نفترض هذه الخصومة أن يكون موضوعها محددا تحديدا جليا، وأن يكون لأطرافها -بما فيهم الحكومة المحترمة بقوة القانون طرفا ذا شأن فيها<sup>(١)</sup> - حق الدفاع عن مصالحهم وإيداء وجهة نظرهم في شأن النصوص القانونية المطعون عليها.

وإيداء دفاع في دائرة من الفراغ، هو ما يقع بالضرورة إذا أغفل المدعى في الخصومة الدستورية بيان للنصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفتها.

إذ يغير هذا البيان، لا تنهيا للخصوم في الدعوى الدستورية، مكنة إبداء دفاعهم في المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، وحتى تقوم هيئة

(١) ورد هذا الحكم بالقررة الثانية من المادة ٣٥ من قانون المحكمة.

مفوضيها بعد انقضاء هذه المواعيد- بتحضير المسائل الدستورية المطروحة عليها، ثم إيداع تقريرها فيها مشتملا على جوانبها الواقعية ورأيها في إبعادها القانونية والدستورية<sup>(١)</sup>.

٤٢٠- وينبغي أن نلاحظ في هذا الشأن:

أولاً: أن موضوع الخصومة الدستورية، وأن تطلب لتحديد بيان النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفتها، ونقاط التعارض بينهما؛ إلا أن هذا البيان يعتبر مستوفيا لأغراضه، ولو تحقق بطريق غير مباشر.

ذلك أن لكل خصومة قضائية وقائعها التي تتحدد صورتها الإجمالية وحقيقة مقاصدها على ضوء اتصال أجزائها ببعض وترابطها في سياق جمعها. ومنها تستخلص المحكمة الدستورية العليا -على ضوء نظرتها الموضوعية لبنیان الخصومة الدستورية ومراميها- أبعاد المسائل الدستورية المثارة فيها.

ومن ثم لا يشترط لتحقيق الأغراض التي توخاها المشرع من المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا -على ما جرى به قضاؤها- أن تتحدد المسائل الدستورية التي تطرح عليها في مضمونها ونطاقها تفصيلا. بل يكفي أن يكون تعيينها ممكنا. ويقع ذلك كلما كان ببيان عناصرها -من خلال ترابطها المنطقي واتصال أجزائها- دالا عن حقيقتها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، يفترض تقييمها وفق أحكام الدستور جميعها. وتلك مهمة تتولاها المحكمة الدستورية العليا بنفسها، غير مقيدة فسي ذلك بمواطن التعارض التي حددها للمدعى في الخصومة الدستورية فيما بين النصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى مخالفتها.

(١) تنص المادة ٣٧ من قانون المحكمة على ما يأتي: <<كل من تلقى إعلانا بقرار إحالة أو بدعى أن يودع كالم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات. ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال خمسة عشر يوما التالية لانتهاء الميعاد المبين في الفقرة السابقة. فإذا استعمل الخصم حقه في الرد، كان للأول التعقيب بمذكرة خلال خمسة عشر يوما التالية.

(٢) أنظر في ذلك الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية قاعة رقم ٤٣ جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦، ص ٦٨٣ من الجزء المدايع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومرد ذلك أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص للقانونية المدعى مخالفتها للدستور - على ما جرى به قضاؤها - تقتضيها أن تقرر إما صحتها أو بطلانها. وهي إذ تخلص إلى براءتها مما يعيها دستوريا، أو إلى قيام مآخذ عليها لمخالفتها للدستور، فإنها لا تنقح بالمخالفة التي نسبها الخصم إليها، أو التي حدثتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي. ولكنها تجل بصرها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظر المتكاملة لأحكامها، لتجد على ضوءها توافق النصوص المطعون عليها معها أو تعارضها.

وهو ما يعني أن تحديد الخصم أو المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي للمخالفة الدستورية المدعى بها، لا يتقيا إلا تأكيد جدية المطاعن الدستورية من خلال ربطها بما يظاهرها من نواحي العوار في النصوص للقانونية المدعى مخالفتها للدستور.

ولا يتصور بالتالي أن تكون المخالفة التي عينتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، أو التي حدها المدعى في الخصومة الدستورية، مؤشرا وحيدا أو قاطعا في شأن نطاق التعارض بين النصوص للقانونية المطعون عليها وأحكام الدستور التي تقتيد بها المحكمة الدستورية العليا في مجموعها، فلا تعزل نفسها عن وحدتها العضوية وتكامل بنيانها<sup>(١)</sup>.

ثالثا: أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي إذ تحل مسائل دستورية بذواتها إلى المحكمة الدستورية العليا، فإن قرارها في ذلك ينبغي أن يكون جازما، منبئا عن اتجاهها إلى إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي حتى تتبين حكم الدستور في شأن النصوص القانونية التي أحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا على ضوء ما قام لديها من شبهة مخالفتها للدستور.

رابعا: أن تجهيل الخصومة الدستورية بنصوص الدستور المدعى مخالفتها، لا يفيد بالضرورة خلوها من بياناتها التي تطلبها القانون.

ذلك أن المسائل للدستورية التي تثيرها، قد تدل بطريق غير مباشر على هذه النصوص، وتحين موقفتها.

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٤٣ - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - ص ٦٨٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

فالذين يقولون بمناقضة النصوص القانونية المطعون عليها، لقواعد الشريعة الإسلامية المقطوع بمصدرها ودلائلها، يحلون بالضرورة لنص المادة الثانية من الدستور، وإن أغفلوا الإشارة إليها.

والذين يذاعون في دستورية ضريبة فرضها المشرع، يحلون ضمنا إلى قواعد الدستور التي تضبطها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالعدالة الاجتماعية كأساس لنظامها وفقا لنص المادة ٣٨ من الدستور.

والذين يطلبون حقهم في الأجر العادل، يركنون بالضرورة إلى نصوص الدستور التي تنظم حق العمل باعتباره أن الحق في الأجر عن عمل معين، إنما يتولد عن أداء هذا العمل.

والذين يناهضون التمييز غير المبرر فيما بين المواطنين المتمثلة مراكزهم القانونية، يستهضون بحكم الاقتضاء العقلي بهذا تساويهم أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور.

والذين يقولون ببطالان تكوين السلطة التشريعية لعدم حصول العمال والفلاحين على ٥٠% من مقاعدها على الأقل، يقيمون دعواهم بالضرورة- على مخالفة تشكيلها لنص المادة ٨٦ من الدستور.

خامسا: أن الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لظوها من بياناتها المنصوص عليها في المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، يعين أن ينحصر في الأحوال التي لا يستطاع فيها عقلا تحديد موضوعها بما لا تجهيل فيه. يؤيد هذا للنظر أمران:

أولهما: أن الإغراق في الشكالية كثيرا ما يتخذ ذريعة للتخلص من الخصومة الدستورية التي تعتبر أكثر وسائل الحماية القانونية فعالية في مجال تأمين حصول الأفراد على حقوقهم وضمنان حرياتهم التي كفلها الدستور.

ثانيهما: أن الأصل في العمل الإجرائي أن يكون صحيحا، ولو نص القانون على البطلان جزاء تخلفه، إذا قام الدليل من الأوراق على تحقق الغاية المقصودة من هذا العمل<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه ضرورة النظر إلى الدعوى الدستورية باعتبارها مستوفية لبياناتها التي حددتها المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، كلما كان تحليل عناصرها الواقعية والقانونية، واستفراغ كل جهد في مجال تقييمها، كافلا البصر بحقيقتها، وتجليه مقاصدها بما يحقق الأغراض التي توختها المادة ٣٠ المشار إليها.

---

(١) انظر في ذلك المادة ٢٠ من قانون المرافعات التي تنص على أن يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تنطق بمسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء.

### المبحث الثامن

امتناع النظر في خصومة دستورية لم تتصل بالجهة القضائية التي تفصل فيها وفقاً

للأوضاع المنصوص عليها في قانونها

٤٢١- تعتبر المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ١٧٤ من الدستور، هيئة قضائية قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية. وهي بوصفها هذا لا تفصل في غير خصومة تتصل بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها.

وتنطق اختصاصها بالخصومة القضائية دون غيرها، مرده أن ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها هذه الخصومة عليها، مقيدة بضوابطها، وبمبدأ الفصل بينها وبين السلطين التشريعية والتنفيذية بما يحول دون تدخلها فيما تنفردان به من الشؤون التي عهد الدستور إليهما بتصرفها.

وهذه الخصومة التي يتحدد موضوعها بالمسائل الدستورية التي يجوز للفصل قضائياً فيها، لا يجوز رفعها مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها، بعد أن حصر هذا القانون طرق اتصالها بها في أحوال بعينها حددتها المادتان ٢٧ و ٢٩ من القانون، وبينها كالآتي:

أولاً: أن تحيل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي من تلقاء نفسها، ما يتصل بالنزاع المطروح عليها من النصوص اللازمة للفصل فيه والتي تقدر من وجهة مبدئية مخالفتها للدستور - إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل في صحتها أو إبطالها. بما مؤداه أن إحالتها مباشرة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا، شرطها لزومها للفصل في نزاع مطروح عليها، وقيام شبهة تخالفها بأن عولوا دستورياً قد شابهها. وهي تفصل في هذه الشبهة وفق ما يدل عليه ظاهر الأمر في النصوص المشار إليها، فلا تتعق أغوارها.

وتمثل هذه الصورة تطبيقاً مباشراً وحياً لمبدأ الخضوع للقانون. ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لا تتوخى من إحالتها المباشرة للنصوص التي تقدر بصفة أولية مخالفتها للدستور، غير طلب تحديد القاعدة القانونية التي ينبغي عليها أن تطبقها في النزاع المعروض عليها. وهي قاعدة تحدهما للمحكمة الدستورية العليا نفسها، وتقيد الجهة المحيلة بها، فلا يكون تطبيقها من الجهة المحيلة غير إنفاذ للدستور.

ثانياً: ألا تتخذ المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي من النصوص القانونية القائمة في نزاع مطروح عليها موقفاً إيجابياً، فلا تحيلها من نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا. وإنما يؤثر أحد الخصوم في الدعوى التي تنظرها، أمر مخالفتها للدستور. وعليها عندئذ أن تقرر ما إذا كان منعاها ظاهر البطلان، أو قائماً على شبهة لها أساسها. فإذا تبين لها توافر هذه الشبهة، كان منعاها جدياً لترخص المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي بحث الخصم الذي أثار المسألة الدستورية - خلال المدة التي تحددها، والتي لا يجوز أن تزيد على ثلاثة أشهر - برفع الدعوى الدستورية التي يختصم بها للنصوص المطعون عليها. فإذا لم يقم دعواه هذه خلال الميعاد المحدد لها، اعتبر الدفع بقوة القانون كأن لم يكن، وعديم الأثر بالتالي.

وكما كانت المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، تزيد على الأشهر الثلاثة، وجب خفضها إلى مالا يجاوزها. ذلك أن هذه المدة تعتبر حداً زمنياً نهائياً مقررًا بقاعدة أمرة نص عليها البلد بـ المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، فلا يجوز الخروج عليها.

وعلى الخصم الذي أثار الدفع بعدم دستورية النصوص المطعون عليها، أن يتقيد بالميعاد الذي حددته المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، ولو كان أقل من الأشهر الثلاثة المشار إليها. :

ذلك أن هذا الخصم لا يفاضل بين المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة، وميعاد الأشهر الثلاثة المقرر كحد أقصى لرفع الدعوى للدستورية، يختار من بينهما المدة الأطول، وإنما هو ميعاد واحد، هو ذلك الذي حددته تلك المحكمة أو الهيئة مقيدة به نفسها والخصوم على سواء.

ولا يعني ذلك أن عليها أن ترفض كل طلب يقدمه الخصم إليها بزيادة ميعاد حددته ابتداءً. إذ يجوز لها دوماً أن تمنحه مهلة جديدة تضيفها إلى المهلة الأولى، بشرط ألا يزيدا معاً على الأشهر الثلاثة المشار إليها، وأن يكون قرارها بمد الميعاد، قد صدر عنها قبل انتهاء المهلة الأولى حتى تتدخل معها وتعتبر امتداداً لها<sup>(١)</sup>.

(١) للقضية رقم ٣٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٥ - ص ٧٠٤ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها

ولما كان الأمر، فإن كل ميعاد -وعلا بنص المادة ١٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية- لا يبدأ إلا من اليوم التالي لحصول الأمر المعتبر مجريا للميعاد. وهو هنا القرار الصادر عن المحكمة أو الهيئة المختصة برفع الدعوى الدستورية. فإذا كان الميعاد منتهيا بعطلة رسمية، امتد بقوة القانون إلى أول يوم عمل بعدها<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ في شأن ميعاد رفع الدعوى الدستورية -وهو ميعاد لا يرتبط إلا بالأحوال التي يكون فيها الدفع بعدم الدستورية محركا لهذه الدعوى- أن هذا الميعاد لا يعتبر من قبيل مواعيد المقوط التي يعرفها قانون المرافعات المدنية والتجارية مقيدا بها الحق في الدعوى أو الطعن، ومؤكدا جريانها إلى أن تبلغ نهائيتها دون أن تعترضها عوائق أيا كان نوعها، فلا يجوز وقفها أو انقطاعها. ذلك أن نقطة البداية في مواعيد المقوط جميعها أنها من عمل المشرع، فلا يكون نص القانون إلا مصدرا مباشرا لها.

وارتباطها بالحق في الدعوى أو الطعن مؤداه، اقتضاء هذا الحق بانقضاء هذه المواعيد، فلا يعود بفواتها لهذا الحق من وجود.

ولا كذلك ميعاد رفع الدعوى الدستورية، إذ تقرره بنفسها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي ترخص برفعها، لأنها هي التي تحدده بحكمها.

ولا يحول الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لعدم رفعها خلال الميعاد المحدد لها، دون حصول رافعها على ترخيص ثان من المحكمة أو الهيئة المعروض عليها النزاع، لرفعها من جديد.

كذلك فإن الدفع بعدم الدستورية، لا يعتبر من قبيل الدفوع التي لا تجوز إثارتها إلا أمام محكمة الموضوع، بل يجوز لدأوه في أية حالة تكون عليها الدعوى أو الطعن، ولو أثير لأول مرة أمام محكمة النقض. ذلك أن الدفوع التي لا يجوز لدأوها أمام محكمة النقض هي التي لا تتعلق بالنظام العام، أو التي تتعلق به وإنما يخالطها وقع ليس لها أن تخوض فيه إذا لم يكن الحكم

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦١٠ "مستورية" -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢-ص ٢٩٣ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

المطعون فيه قد تحراه. ولا كذلك الدفع بعدم دستورية نص قانوني مطروح تطبيقه في خصوصية قضائية، ذلك أن المحاكم جميعها مقيدة بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ يلزمها بمراعاة مفهوم التدرج فيما بين القواعد القانونية ترجيحاً لأعلىها على أدناها، وتغليباً للمستور بالتالي على ما سواه من القواعد القانونية. يؤيد هذا النظر، أن التعارض بين قاعدتين قانونيتين تراحمنا فيما بينهما في مجال الفصل في الخصومة القضائية، يقتضي لطراح القاعدة الأدنى بقدر تعارضها مع القاعدة التي تعلوها.

فإذا كانت القاعدة الأعلى هي الدستور، كان على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي تقوم لديها شبهة لتعارض بين قاعدة قانونية يفترض تطبيقها في النزاع المعروض عليها، وبين نص في الدستور، أن تستوحي مما إذا كان لهذه الشبهة أساس من الدستور. وسبيلها إلى ذلك إما أن تحيل القاعدة القانونية المدعى تعارضها مع الدستور، مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل في دستوريته؛ وإما أن ترخص لخصم دفع أمامها بعدم دستورية هذه القاعدة، بأن يقيم دعواه للدستورية فصلاً في اتفاقها أو تعارضها مع الدستور.

فإن، هي لم تلجأ إلى أحد هذين الخيارين رغم قيام شبهة لديها على مخالفة النصوص القانونية المفترض تطبيقها في النزاع المطروح عليها للدستور، فإن مضيتها في نظر هذا النزاع، لا يعدو أن يكون تغليباً منها للقانون على الدستور.

فإذا تعلق الأمر بمحكمة النقض -التي اطرد قضائها زمناً طويلاً على أن الدفع بعدم الدستورية لا يجوز أن يثار لأول مرة أمامها باعتباره من الدفوع الموضوعية<sup>(١)</sup>- فإن انحيازها للقانون دون الدستور، مؤداه بالضرورة نقضها للحكم المطعون فيه لخطأ اعتراه في تطبيق أو تأويل النصوص القانونية التي طبقها هذا الحكم في النزاع، ولو قام الدليل على تعارض هذه النصوص مع الدستور.

(١) نقض ١٩٨٨/٤/٢٠ - طعن رقم ٤٠ مدة ٥٥ قضائية؛ ونقض ١٩٨٣/١٢/١٨ - طعن رقم ١٤٣١ سنة ٥٥٠. ويلاحظ أن محكمة النقض عدلت بعد ذلك عن هذا الاتجاه بعد أن انقسمت دوائرها إلى مؤيد للطبيعة الموضوعية للدفع بعدم الدستورية وإلى معارض لها

وهي نتيجة لا يمكن القبول بها. ذلك أن خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون، مؤداه التزامها بالانزول على أحكامه وفقاً لترتيبها في مدارج القواعد القانونية. والدستور على قمته.

ثالثاً: ويقابل حق المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي جميعاً، في أن تحيل بنفسها المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، حق هذه المحكمة نفسها - وعلى ما تنص عليه المادة ٢٧ من قانونها - في التصدي لدستورية أي نص قانوني يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها.

ونلك هي رخصة التصدي التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن كل نزاع معروض عليها، سواء تعلق الأمر بمباشرتها لولايتها في مجال قض الانتزاع على الاختصاص أو للتناقص بين الأحكام النهائية وفقاً للمادتين ٣١ و ٣٢<sup>(١)</sup> من قانونها، أو على صعيد فصلها في الخصومة الدستورية المطروحة عليها وفقاً لنص المادة ٢٩ من هذا القانون. ولا تباشر المحكمة للدستورية هذه الرخصة إلا وفق الشروط التي حددتها بنفسها، وحاصلها:

١. أن تتصل النصوص القانونية التي تنص على الفصل في دستوريتها، بنزاع يدخل في اختصاصها، ولا زال قائماً أمامها.

ولا يتصور أن يطرح نزاع عليها إلا إذا اتخذ شكل الخصومة القضائية التي تتناقص بشأنها مصالح أطرافها. فلا نزاع أمام القضاء بغير خصومة يقيمها مدعى الحق لطلبه بعد إنكاره. ولا يستقيم بالتالي معنى الخصومة القضائية، إلا إذا تنازع أطرافها الحقوق موضوعها، سواء لإثباتها أو نفيها. ومن ثم لا يدخل طلب التفسير التشريعي في مجال تطبيق نص المادة ٢٧ المشار إليها لتجرده من خصائص الخصومة القضائية.

٢. أن تتصل للخصومة الأصلية المطروحة عليها، بنص آخر يؤثر في المصلحة النهائية للخصومة الأصلية. ومن ثم تقوم علاقة حتمية بين أصل وفرع؛ فالأصل هو الخصومة المطروحة بداية على المحكمة الدستورية العليا للفصل في موضوعها. والفرع هو النص الآخر الذي عوض

(١) تنص المادة ٣١ من قانون المحكمة على أن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في الحالة المشار إليها في البند ثانياً من المادة (٢٥). وتقضي المادة ٣١ بأن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا الفصل في النزاع القائم بشأن تفويض حكيمين - نهائين متلفذين في الحالة المشار إليها في البند ثالثاً من المادة (٢٥).

لها بمناسبة النظر في الخصومة الأصلية بشرط أن يكون من شأن الفصل في دستورية هذا النص، للتأثير في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية. وهو ما دل عليه قانون المحكمة الدستورية العليا بإيجابه أن يتصل للنص القانوني المعارض بالنزاع المطروح أصلا عليها. فإذا لم يكن للنص المعارض بالنزاع المطروح أصلا عليها. فإذا لم يكن للنص القانوني المعارض من أثر على الخصومة الأصلية، فإن الفصل في دستوريته، بتجرد من كل فائدة عملية وفقا لنص المادة ٢٧ من قانونها.

٣. أن تقدر المحكمة للدستورية العليا من وجهة نظر مبدئية *Prima Facie* مخالفة النصوص التي تتصدى لها للدستور. وعليها بمجرد قيام هذه التهمة لديها، أن تحولها إلى هيئة المفوضين بها حتى تعد هذه الهيئة تقريرها في شأن اتفاقها أو تعارضها مع الدستور. ثم تفصل المحكمة الدستورية العليا بعد اتصالها بهذا التقرير، في بطلان النصوص القانونية التي أحالتها إلى هيئة المفوضين أو صحتها.

٤٢٢- وعلى ضوء هذه المفاهيم يبدو غريبا ما تصورته المحكمة الدستورية العليا في بدء نشأتها من أن حقها في التصدي يجوز أن يتعلق بنصوص قانونية لا تؤثر في المحصلة النهائية للخصومة المطروحة أصلا عليها؛ وفترضنا أن النصوص القانونية المشابهة في نصها وفحواها، للنصوص المطعون عليها في الخصومة الأصلية، هي التي تقم الصلة بينها؛ وتكاسبها أن الصلة المقصودة بنص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، هي الصلة العملية التي يكون لها مردود على نطق الترضية للقضائية التي تقدمها المحكمة الدستورية العليا للمدعى في الخصومة الأصلية؛ وإعراضها كذلك عن حقيقة أن تصديها لنصوص قانونية للفصل في دستوريته وفقا لنص المادة ٢٧ من قانونها، ما كان ليؤثر أصلا لو لم تكن هذه النصوص متصلة بالخصومة الأصلية بما يؤثر في بنيانها وكيفية جريانها، إذ هي خادمة لها وتطور من أبعادها<sup>(١)</sup>.

(١) في الدعوى الدستورية رقم ١٠ لسنة ١ ق التي صدر الحكم فيها -بجلسة ١٦ مايو ١٩٨٢- قاعدة رقم ١٠ ص ٥٦ من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، كان النص المطعون بعدم دستورية هو نص الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة التي لم تجز الطعن في قرارات نقل أعضاء مجلس الدولة وتديهم أمام المحكمة الإدارية العليا. ولا حظر نص الفقرة الأولى من المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية كذلك الطعن في قرارات نقل رجال القضاء وللديلة العامة وتديهم أمام دوائر المواد المتكيفة والتجارية بمحكمة النقض، فقد وجدت المحكمة الدستورية العليا أن النصين متشابهين، ومن ثم قررت التصدي للنص الثاني لتشابهه مع النص الأول.

٤. أن زوال الخصومة الأصلية يفيد بالضرورة انتفاء رخصة التصدي بعد أن لم يعد ثمة محل لإعمالها<sup>(١)</sup>.

٥. ولبيان حدود تطبيق نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، نفرض أن شخص طعن بعدم دستورية نص قانوني فرض ضريبة بالمخالفة للدستور. وعندئذ يحدد النص القانوني الذي فرض هذه الضريبة، نطلق الخصومة الأصلية للقائمة أمام المحكمة. فإذا تبين للمحكمة من قراءة قانون الضريبة أن نصا آخر يمنع استردادها بمضى سنة من تاريخ دفعها، فإن النص المانع من استرداد الضريبة يشكل للخصومة الفرعية التي تتصل بالنزاع الأصلي المعروض على المحكمة. فإذا تصدت للمحكمة للفصل في هذه الخصومة الفرعية، فذلك بالنظر إلى أن نتيجة الفصل في الخصومة الفرعية تؤثر بالضرورة في الخصومة الأصلية.

ذلك أن المدعى في الخصومة الأصلية لن يستفيد من الحكم الصادر بإبطال الضريبة إلا إذا استطاع استردادها. فلا يكون لإبطال النص المانع من ردها إليه، إلا كافلا لاجتناء المنفعة النهائية التي يتوخاها المدعى في الخصومة الأصلية من إبطال الضريبة التي فرضها المشرع بالمخالفة للدستور.

(١) أنظر في ذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٧٢٧ "تصير" - جلسة ١٠/٢١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٢١ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### المبحث التاسع

#### طرائق الرقابة على الشرعية الدستورية

#### التي لا يعرفها قانون المحكمة الدستورية العليا

٤٢٣- على أن للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية طرائق أخرى في بعض الدول هي الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، والأوامر الصادرة في شأن مشروعية احتجاز البدن، والأوامر التي تصدرها السلطة القضائية إلى السلطة التنفيذية، لتمنعها من تطبيق قانون معين، أو لتنزيمها بأداء عمل. ثم أخيراً نوع من الأحكام القضائية يصفونها بالأحكام التقريرية على تقدير أن غايتها مجرد بيان حقيقة الأمر في شأن الحقوق المتنازع عليها، وتعيين صاحبها.

### المطلب الأول

#### الدعوى الأصلية بعدم الدستورية

٤٢٤- هي الطعن المباشر في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، ولو لم يجر تطبيقها في حق المدعى في الخصومة الدستورية، حتى يثار أمر إضرارها به بصورة فعلية.

وليس للدعوى الأصلية بعدم الدستورية كذلك من صلة بحقوق شخصية يكون رافعها قد طلبها في نزاع موضوعي، وإنما تتجرد الدعوى الأصلية من هذا النزاع، وكذلك من الحقوق التي ترتبط به فصلاً في ثبوتها أو تخلفها.

ولم تجز المادتان ٢٧ و ٢٩ قانون المحكمة الدستورية العليا، الطعن بطريق مباشر في النصوص المدعى مخالفتها للدستور. ذلك أن هاتين المادتين نظمتا طرائق اتصال الخصومة الدستورية بها، على الوجه الذي مر بيانه. وهي طرائق لا بدل عنها، ولا تفيد جواز الطعن بالطريق المباشر في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور بقصد إبطالها إجمالاً مجرداً.

ولا يعتبر قصر الحق في الخصومة الدستورية على هذه الطرائق، إخلالاً بالحق في التقاضي، إذ هو حق غير مطلق، وإنما يجوز أن يخضع لضوابط لا تقيد سماعتها أو بأبعادها - من جوهره<sup>(١)</sup>.

ومن صور الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، أن تقام أمام المحكمة الدستورية العليا دعوى دستورية لم ترخص محكمة الموضوع برفعها إليها<sup>(٢)</sup>، أو أن يثار للنعي بمخالفة نص قانوني للدستور لأول مرة أمام هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا<sup>(٣)</sup>.

٤٢٥- ولما كان طريق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، فإن المسائل الدستورية التي تولجها، هي تلك التي ترتبط بنزاع قائم أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي. بيد أن من يناهضون شرط المصلحة في الخصومة الدستورية، يركزون على المهمة الخاصة Special function التي تتولاها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، والتي يبلورها ضرورة تطبيقها للقيود التي فرضها الدستور -في حدها الأدنى- على الأعمال التشريعية جميعها، وأن مهمتها هذه تمثل جوهر اختصاصاتها، وتكفل على الأخص صون القيم التي أحضرتها الدستور، والتي لا يجوز إهمالها؛ ولا تطبق إنفاذاً على خصومة موضوعية يقيمها المدعى للدفاع عن مركزه القانوني الخاص.

وهم يؤمنون ذلك علي أن الخصومة الدستورية تتغير الخصومة الموضوعية في بنائها وأهدافها. فلكل منهما مجال يتحدد به موضوعها، وأسلوب للفصل فيها، ومعايير تقتضيها غلبة الطبيعة الشخصية على الخصومة الموضوعية، والطبيعة العينية على الخصومة الدستورية. ولا يجوز بالتالي أن يكون وجود أولاهما قيداً على نشوء ثانيتهما. وهو ما يجعل لكل مواطن صفة مقترضة في تجريح النصوص القانونية المخالفة للدستور، ولو لم تنصل بنزاع موضوعي؛

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١١ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يونيو ١٩٩٤- قاعدة رقم ٢٥ س- وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٥٩ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة أول يناير ١٩٩٤- قاعدة رقم ١٢ س- وما بعدها من الجزء السادس.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢/٢- ١٩٩٥- قاعدة رقم ٨/١٣ س- ٢٣٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومصلحة مفترضة في إسقاط هذه النصوص تغليباً لمبدأة الدستور. وهو ما نراه محل نظر. ذلك أن الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، وإن كانت تبلور تطوراً هاماً ورئيسياً في بنيان الشرعية الدستورية، وكان بالإمكان تنظيم شروط رفعها بما يحول دون إساءة استخدامها، وعلى الأخص من جهة تحديد صور مباشرتها، وكذلك من يملكون الحق في تحريكها؛ إلا أن هذه الدعوى تنطّل استثناء من شرط المصلحة الشخصية المباشرة التي تفترض قيام صلة منطقية بين المركز الخاص للدعوى في الخصومة الدستورية، والمعاملات الدستورية التي طرحها الفصل فيها. وهي صلة يؤديها أن جهات القضاء على اختلافها، لا يعنها غير تطبيق القوانين للقائمة في مجال اتصال أحكامها بحقوق يطالبها أصحابها لأنفسهم لتعود عليهم فائدتها، وإلا كان العوان على الدستور فيما وراء هذه الحقوق، أدخل إلى المحاسبة السياسية التي لا شأن لها بالوظيفة القضائية.

هذا فضلاً عن أن المحكمة الدستورية العليا مقيدة طبقاً لقانونها بمراعاة شرط المصلحة الشخصية المباشرة كشرط للفصل في الدعوى الدستورية. ويظل دوماً بيد المشرع أن ينسقط هذا الشرط في كل تطبيقاته، أو أن يقرره كقاعدة مطلقة لا استثناء منها، أو أن يكفل بقاءه في أحوال دون أخرى، على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا -وكما كان التحقق من هذا الشرط مطلوباً منها وفق قانونها- تحديد مضمون المصلحة الشخصية المباشرة، وإن كان تزمها في تحديد هذا المضمون لا يُلْقَ بها بالنظر إلى آثاره السلبية على حقوق المواطنين وحرياتهم.

وأولى بها أن يكون اقتضاؤها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة متوازناً من خلال قسدر من المرونة والتجرد المنطقي في مجال تفسيره، وعلى الأخص عند هؤلاء الذين يرون أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تتصل اتصالاً قراراً بالرقابة على الشرعية الدستورية، ولا ترتبط بالضرورة بضوابط ممارستها. وإن قيل رداً عليهم بأن شرط المصلحة في الدعوى يرتبط بالحق فيها، وهو حق يملك المشرع تنظيمه بما لا يجرده من محتواه.

ويظل ثابتاً أن القوانين المنظمة للسلطة القضائية، لا تخول أحداً أن يلج أبوابها دون فائدة عملية يجنيها من دعواه وفقاً للقانون، وإلا صار القضاء محراباً علمياً يتدارس فيه المتداعون أوضاع مجتمعهم، أو مبعداً دينياً يباشرون فيه طقوس عقائدهم، لا إطاراً للفصل في خصوماتهم بقصد إيجاد حلول لها بما يصون الأمن الاجتماعي.

يؤيد هذا النظر أنه حتى عندما اتخذت الرقابة على الشرعية الدستورية شكل رقابة الإمتناع عن تطبيق النصوص القانونية المخالفة للدستور، دون الحكم بإبطالها؛ فإن مجال هذه الرقابة كان منحصرا في الفصل في دستورية النصوص القانونية التي يراد تطبيقها في نزاع موضوعي فصلا في حقوق يراد إثباتها، وبعارضها خصماء يسعون لنفيها.

### المطلب الثاني

#### الأمر المتعلق بإنهاء الاحتجاز غير المشروع للبدن

#### Writs of Habeas Corpus

٤٢٦- قد تفوض السلطة التشريعية السلطة القضائية في أن تفصل من خلال أوامر تصدرها في مشروعية احتجاز البدن. وهذا الإجراء يدخل كل شخص أدنين عن جريمة أو احتجز بدون حق، أن ينازع في مشروعية أو دستورية تقييد حريته؛ وأن يقيم منازعته هذه على الدعاائم التي تؤيدها، والتي يندرج تحتها، أن يكون قد أدنين بناء على نصوص اتهام تتناقض الدستور؛ أو لأن قضاء الحكم صدر عن محكمة لا ولاية لها بنظر الدعوى الجنائية؛ أو لها ولاية نظرها ولكن الحكم الصادر فيها أهدر حقوق المتهم التي كفلها الدستور، كذلك التي تتعلق بمواجهته بالتهمة بكل الوسائل القانونية.

ومنذ الماجنا كارتا، كان صون الحرية للشخصية من المسائل المفروغ منها؛ وكان الفصل في مشروعية احتجاز البدن من الحقوق التي يملكها كل بريطاني في إنجلترا باعتباره إجراء عاجلا وفعالا في اختبار ما إذا كان احتجازه موفقا أو مخالفا للقانون والدستور<sup>(١)</sup>. ونظر آباء الدستور الأمريكي إلى الحق في تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع باعتباره أعلى ضمانات لصون الحرية<sup>(٢)</sup> وأفضل امتياز لا يجوز وقفه إلا لضرورة تتعلق بصون الأمن العام في حالة العصيان أو الغزو<sup>(٣)</sup>. Cases of rebellion or invasion.

(١) Habeas Corpus Act of 1679.

(٢) Smith v. Bennett, 365 U.S. 708 (1961).

(٣) انظر الفصل التاسع من المادة الأولى من الدستور الأمريكي.

٤٢٧- وعلى امتداد العصور، صار هذا الامتياز، للقانون العام للحرية، بما يخول المحاكم استدعاء المجنأ والتحقيق في مشروعية احتباسهم، وإلا تعين الإفراج عنهم. وقررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في عبارة قاطعة، ضرورة صون هذا الامتياز من كل الموانع باعتبار أن ضمانه يعتبر واجبا حيويا<sup>(١)</sup>.

ومنذ ١٨٦٧ تقرر تطبيق ذلك الامتياز في أمريكا على الصعيد الفيدرالي لضمان إطلاق سراح المجنأ الذين احتجزتهم السلطة المحلية في الولاية بالمخالفة للمستور الفيدرالي أو القوانين أو المعاهدات الفيدرالية، على أن يتم تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع حال الإخلال بالحقوق الأساسية للإنسان، وعلى الأخص تلك المنصوص عليها في الدستور الفيدرالي<sup>(٢)</sup> سواء كان الشخص محتجزا في ولاية، أو عن طريق السلطة الفيدرالية.

ذلك أن للتدخل في حريته بما يهدر هذه الحقوق ويندرج تحتها حق الشخص ألا يحاكم عن ذات التهمة أكثر من مرة، وفي أن يحصل على مشورة محام<sup>(٣)</sup> - عنوان عليها يقين أن تعمل السلطة للقضائية الفيدرالية، على رده عن كل مواطن، ولو كان عقيما في ولاية، محتجزا في سجونها أو معتقلا بها، ويشترط ألا يصدر أمر الإفراج عن السلطة الفيدرالية إلا إذا استند المتظلم للوسائل التي توفرها الولاية، والتي بتقرر على ضوئها ما إذا كان تقييد حريته جائزا قانونا أم غير جائز.

فإذا لم يكن ثمة وجود لهذه الوسائل أصلا في الولاية، Non-existent أو كانت هذه الوسائل غير ملائمة بصورة ظاهرة Clearly inadequate، أو لا تزيد عن مجرد آمال زائفة لا طائل من ورائها في رد الحرية المقيدة إلى أصحابها، Nothing but a procedural morass offering no substantial hope for releif أو كان الدليل على بطلان تقييد الحرية سواء عن طريق السجن أو الاحتجاز غير المشروع، قد ظهر بعد انقضاء المواعيد التي حددتها قوانين السلطة المحلية

(١) Bowen v. Johnston 306 U.S. 19, 26, 83 (1939).

(٢) Rogers v. Peck, 199 U.S. 425 (1905).

(٣) Re Nielsen, 131 U.S. 176 (1889); Johnson V. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

لمراجعتها في إجراءاتها؛ أو كان المسجون أو الاحتجاز في الولاية قد تم بناء على أوامر من السلطة الفيدرالية - بما في ذلك محاكمها - فإن استنفاد الوسائل المطية لا يكون مطلوباً<sup>(١)</sup>.

٤٢٨- وما تقدم مؤداه أن الأمر القضائي الفيدرالي بإنهاء الاحتجاز غير المشروع، قد يتعلق بأشخاص أدانتهم المحاكم الفيدرالية، أو بأشخاص محتجزين في ولاية بدون حق، وذلك سواء كان تقييد الحرية في الحالتين ناجماً على الأخص عن مخالفة نص للتعديل الرابع للدستور الأمريكي الذي يؤمن الناس في أشخاصهم ومنازلهم وأوراقهم وممتلكاتهم، ضد التفتيش والقبض غير المشروع؛ أم كان مترتباً على مخالفة التعديل الرابع عشر لهذا الدستور الذي يحظر على أية ولاية حرمان أي شخص من الحق في الحياة أو من ملكيته أو من حريته بغير الوسائل القانونية السليمة<sup>(٢)</sup> (The due process of Law).

وكذلك إذا نقض الاعتقال أو الاحتجاز أو غيرهما من صور تقييد الحرية، حق الشخص في محاكمة سريعة ومنصفة؛ وفي ألا تقام ضده دعوى جنائية قبل اتهامه من هيئة المظفين العليا إذا كان صدور الاتهام على هذا النحو مقرر قانوناً<sup>(٣)</sup>. وللمحاكم الفيدرالية في حدود سلطتها التقديرية، أن تسقط حق الشخص في الانتفاع من امتياز تحرير البدن من القيود، إذا وجدت دلائل كافية على أن لاحتجازه وجهاً مشروعاً، ولو كان قرار الاحتجاز مشوباً بالخطأ. وكذلك إذا قد تعدد مجاوزة الإجراءات المعمول بها في محاكم الولاية، وصار بالتالي بفضله الترضية التي تمنحها هذه المحاكم.

(١) Morino v. Ragen, 332 U.S. 561 (1947); Fay v. Noia, 372 U.S. 391 (1963).

ويلاحظ أن لكل شخص رفض بغير حق طلبه بالإفراج عنه بكفالة، أن يتمسك بامتياز تحرير البدن من التقييد لينفع تلك الكفالة، ويؤمن بها إطلاق سراحه. ولا يجوز في المحاكمة الجنائية أن يتمسك شخص بهذا الامتياز قبل المحاكمة ولو ادعى مخالفة القانون الذي أنهم بمقتضاه للدستور إذ يتعين أولاً أن تتم محاكمته في إطار سيرها الطبيعي، وأن يستنفد كل الوسائل المطية لضمان الإفراج عنه، فإن لم تجد نفعا كان له عندئذ التمسك بضمفنة تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع Johnson v. Hoy, 227 U.S. 245 (1913).

(٢) Antieau, Modern Constitutional law, volume one, 1969, pp. 435-441.

(٣) Fay v. Noia, 372 U.S. 391, 409 (1963); Ey parte Bain, 121 U.S. 1, 30 (1887).

ولئن كان حق الشخص في الاعتراض على احتجازه غير المبرر، يخول السلطة القضائية الفيدرالية أن تجل بصرها في مشروعية الاحتجاز، وكان المستوى الأمريكي قد خلا من كل نص يودع هذا الاختصاص في المحاكم الفيدرالية دون غيرها، إلا أنها تفسر مباشرتها إياه علي وجه الأفراد، بالسلطة المخولة لها بمقتضى التنظيم القضائي الصادر في ١٧٨٩ وهو تنظيم يخول للمحاكم الفيدرالية للتحقق من مشروعية احتجاز الأشخاص المقيدة حريتهم وفقا لقوانين أية ولاية.

ولا يلزم أن يكون هؤلاء الأشخاص مسجونين، بل يكفي أن يكون إطلاق سراحهم مقيدا بشرط الكفالة، أو بشرط المراقبة، أو بغير ذلك من القيود التي لا يندرج في إطارها ما يدعيه المتهم من أن الأكلة على ثبوت الجريمة التي اتهم بها ودين بسببها، غير كافية<sup>(١)</sup>.

ولا يرتبط الاحتجاز غير المشروع، بالاعتقال أو بالإيداع في مخفر. فالأشخاص المودعون في مصحة عقلية بالنظر إلى جنونهم أو لعمامة في العقل أصابتهم، يشملهم امتياز تحرير البدن، ويجوز بالتالي إنهاء احتباسهم إذا كان إيداعهم في هذه المصحة باطلا أصلا، أو كان صحيحا ابتداء ثم طرأت عناصر واقعية تحتم الإفراج عنهم. فالمجنون قد يحتجز في مصحة عقلية بناء علي سند قانوني Legal Foundation إذا فقد عقله. فإذا أفاق من جنونه، دل ذلك علي أن تغييرا واقعيا طرأ على حالته A factual foundation بما يسوغ إنهاء احتجازه. ذلك أن الأثر المباشر لاحتجاز قام للدليل -قانونا أو واقعا- علي بطلانه، هو إنهاؤه<sup>(٢)</sup>.

ويجوز كذلك الإفراج عن الأشخاص الذين أُلْمِوا تعاطي الخمر، إذا كان احتجازهم في الأماكن التي أودعوا بها، قد تم جبرا عنهم، وبالمخالفة لضمائمهم المقررة قانونا، والتي تتنبا التحقق من حالتهم، ودرجة خطورتهم على الأمن العام.

ولا يجوز بالتالي اللجوء إلى نظام تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع Habeas Corpus إذا كان ما توخاه الطاعن، هو الفصل في مسائل قانونية ليس من شأنها إنهاء هذا الاحتجاز قورا، ولو قضى فيها لمصلحته.

(١) Stallings v. Splain, 253 U.S.339 (1920); Harlan v. McGourin, 218 U.S. 442 (1910).

(٢) Antieau, ibid, p. 442.

ذلك أن الوظيفة الوحيدة لتحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع، هي إطلاق سراح المحتجز دون إبطاء، ومع ملاحظة أنه حتى لو أطلق سراح المعتقل بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه، فإن لهذه العقوبة آثاراً جانبية Collateral Consequences تسوغ إنهاءها من خلال الطعن على الحكم الصادر بالعقوبة للفصل في دستوريته.

وليس تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع، نظاماً بديلاً عن الطعن استثنائياً في الحكم؛ ولا طريقاً لمراجعة أخطائه وتصويبها، ما لم يكن من شأن هذه الأخطاء - حال ثبوتها - أن تصير عملية الاحتجاز بكل جوانبها عملاً غير مشروع وفقاً للقوانين للتقدير الية.

وتتحدد مشروعية هذا العمل في كل قضية بالنظر إلى واقعاتها، وعلى ضوء حكم القانون فيها<sup>(١)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ أخيراً أن الدستور الأمريكي وإن أجاز وقف امتياز تحرير البدن من الاحتجاز غير المبرر في حالاتي الغزو والعصيان، إلا أن الكونجرس وحده هو الذي يملك هذه السلطة، فلا تبشرها السلطة التنفيذية بغير تفويض من الكونجرس، ولأجل محددة، وفي مواجهة أوضاع يعونها يكون زوالها منهيًا وقف هذا الامتياز.

(١) Whitely v. Warden , 401 U.S. 560, 569 (1971).

تصدر المحاكم للتقدير الية أمرها بالإفراج فوراً عن الشخص الذي ثبت بطلان احتجازه واقعا وقانونا ما لم تقرر سلطة الاتهام إعادة محاكمته خلال فترة زمنية محددة.

The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation, 1996, p.641.

### المطلب الثالث

#### (١) Injunctions الوقائية

٤٢٩- كان نطلق إصدار هذه الأوامر، injunctions محدودة أول الأمر، وحذراً، ثم صار اليوم عريض الاتساع خاصة على صعيد علائق العمل والتجارة، وكذلك فيما يختص بالشئون المالية La Fiscalité. ذلك أن هذه الأوامر تبلور صورة من الترضية الوقائية أو العلاجية، غايها أصلاً ردع المصلحة التنفيذية عن تصرفاتها في مقل الأيام. فلا شأن لها بلووضع منقضية. ومن ثم تتوخى هذه الأوامر منعها من أداء أعمال تهدد بها، أو تعلن عن عزمها القيام بها، أو تكليفها بالامتناع عن المضي فيها، أو إلزامها بأن تزيل أضراراً أحدثتها، أو تصحح أخطاء ارتكبتها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الرابع

#### الأحكام التقريرية (٢) Declaratory Judgments

٤٣٠- وإذا كان محظوراً على جهة الرقابة على الدستورية، أن تقدم نصيحته إلى السلطتين التشريعية والتنفيذية إذا استشارتها إحداها في مسائل من طبيعة مجردة، أو فرضية، أو غير محققة Abstract, Hypothetical and Contingent questions ضمناً لأن تنقيحاً بحجود

(١) عرف قاموس Black في ص ٧٨٤ من الطبعة السادسة (١٩٩٠) أوامر المانع بأنها تلك التي تصدر عن محكمة بقصد منع شخص من القيام بعمل معين، أو تكليفه بأن يزيل خطأ أو ضرراً.

A court order prohibiting someone from doing some specified act or commanding someone to undo some wrong or inquiry

وهي بذلك تمنع شخصاً من إتيان عمل يهدد به أو يتجه لارتكابه. وقد يكون منعها كبحه عن الاستمرار فيه. ويصدر هذا الأمر لصالح شخص Inpersonum متطيلة من الشخص الذي وجهت إليه بأداء أو الامتناع عن أداء أي شيء محدد. ولا تتعلق هذه الأوامر في كل صورها بأخطاء منقضية وإنما بأفعال مستقبلية. ومن ثم تتمحور عن أوامر تستهدف توقي الضرر والمانع Preventive remedy.

(٢) Charles Debboch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean - Claude Ricci, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3e édition augmentée et corrigée, p.86.

(٣) يعرفها Black في ص ٤٠٩ من قاموسه القانوني السابق بأنها إجراء يتوخى به المدعي في دعوى يجوز الفصل قضائياً فيها، مجرد تحديد مركزه وحقوقه القانونية المتعلقة بها.

Statutory remedy for the determination of a justiciable controversy where the plaintiff is in doubt as to his legal rights.

وظيفتها القضائية<sup>(١)</sup>، التي لا تتعلق إلا بمسائل بلورها خصماء يتكازعون عليها، وتتصامم مصالحهم بشأنها، بما يحدد جوانبها وزواياها المختلفة على نحو يمسر جهة الرقابة على الدستورية بها، ويحيطها بعناصرها وتحدد أوجهها<sup>(٢)</sup> Multi- faced situations؛ وكان تعلق الخصومة للدستورية بحقوق يتصارع أطرافها عليها، ويحددون أبعادها، ويفصلون وقائعها، ويقومون حججها، يضيئها، ويحدد كذلك لجهة الرقابة القضائية على الدستور نقاط التوافق والتعارض في الحقوق المتنازع عليها، فإن هذه الخصومة -بخصائصها تلك- تكون مدخلا وحيدا للفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها<sup>(٣)</sup>.

على أن المدعى في الخصومة للدستورية يكون عادة بالخيار بين أمرين: فهو إما أن يكليها إلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية متوخيا بها رد عدوان على حقوق متنازع عليها في هذه الخصومة من خلال ترضية قضائية تزيل الأثر المترتبة على الإخلال بها بصفة كاملة ونهائية. وهذه هي الترضية القضائية في صورتها التقليدية، وإما أن يقصر طلبه في دعوى يقيما على مجرد تقرير ما إذا كان محقا فيها.

وهذه هي الترضية القضائية التي تكفلها جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن طريق إصدارها حكما تقريريا لا يبطل النصوص القانونية المطعون عليها، ولا يجردها من آثارها، ولا يعطل قوة نفاذها، وإنما يقتصر على مجرد تقرير انفلقها أو تعارضها مع الدستور، دون زيادة أو نقصان. كأن يتحوط أحد المعاملين في مواجهة ضريبة فرضها المشرع بالمخالفة للدستور، فلا يقيم الخصومة الدستورية لإبطالها، وإنهاء آثارها، من خلال إعدام النصوص القانونية التي أنشأتها، وإنما يقتصر طلبه على دعوة جهة الرقابة على الدستورية لأن تقرر من خلال الخصومة

(١) Willing v. Chicago Auditorium Association, 277 U.S. 274 (1928).

(٢) United States v. Freuhauf, 365 U.S. 146 (1961).

(٣) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية إن عبارة الخصومة الدستورية، مكونة من كلمتين وتتلور قريبن، وإن تكاملا. إلا أنهما مختلفتين. فمن ناحية مودى هاتين الكلمتين إلزام المحاكم بالألا تفصل أسي غير خصومة تبلغ حدة النزاع فيها أبعادا حقيقية، ويكون موضعها قابلا للفصل فيه ومن ناحية أخرى فإن هاتين الكلمتين تصلان الوظيفة القضائية عن الوظيفة التشريعية والتنفيذية، وتحولان دون أن تقدم المحاكم نفسها في أعمال عهد الدستور بها إلى هاتين السلطتين.

Flast v. Cohen, 392U.S. 83, 94-97 (1968).

التي رفعها، اتفاق هذه الضريبة خصائصها مع الدستور أو مخالفتها لأحكامه. وعلى الهيئة القائمة على تنفيذ قانون الضريبة، أن تترصد الحكم الصادر في هذا النزاع، وإلا كان مضيقا في تطبيق هذا القانون قبل ذلك الحكم، عملا مخالفا للدستور.

وينبغي أن يلاحظ في هذا المقام، أن الطعن على ذلك القانون لا يعتبر كالدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاع في خصومة قضائية قائمة، إذ هو طعن مباشر على نصوص قانونية نافذة. ولا يعتبر الحكم الصادر في هذا الطعن من قبيل الآراء الاستشارية التي تقدمها جهة الرقابة على الدستورية إلى السلطة التي تطلبها منها في شأن مسائل دستورية تطرحها عليها في صورة مجردة. وإنما يعتبر هذا الحكم صادرا في خصومة بمعنى الكلمة<sup>(١)</sup>، مقررًا ما لكل من أطرافها من حقوق اختلّفوا عليها فيما بينهم. ويظل للحكم تقريرا، ولو كان بالإمكان الحصول على ترضية قضائية من وجه آخر.

ومن ثم تغارق الأحكام التقريرية، الآراء الاستشارية من جهة خصائصها وآثارها، ولكنها تتوافق معها من زاوية امتناع تنفيذها بالوسائل الجبرية Execution by Coercive Order<sup>(٢)</sup>.

ولئن جاز القول بأن الأصل في النصوص القانونية المطعون عليها في الخصومة الدستورية، أن يكون تجريحها وإدعاء مخالفتها للدستور من خلال دفع يطرح كوسيلة دفاع في نزاع موضوعي، إلا أن الخصومة الدستورية التي يكون موضوعها إصدار حكم يقتصر على بيان حقيقة الأمر في شأن الحقوق المتنازع عليها بما يثبتها لأصحابها، أو ينفيها عن يدعونها، تتحلل في مضمونها إلى طعن مباشر على النصوص القانونية التي تنطبق بها هذه الحقوق.

وقد عارض القضاء الأمريكي في البداية إصدار أحكام تقريرية بوصفها قضاء شبيها بالآراء الاستشارية صادرا في غير خصومة حقيقية، بما يخرجها عن إطار الوظيفة القضائية؛ إلا أن هذا القضاء انحاز بعد تردد إلى مفهوم الأحكام التقريرية. ومن ثم أصدر الكونجرس الأمريكي تشريعا ينظمها، ويحول السلطة القضائية الفيدرالية حق إصدارها بشرط أن تقيّمها على وقائع

(١) Alabama state federation of labor v. McAdory, 325 U.S. 450 (1945).

(٢) أنظر في ذلك نورمان ريلش؛ ويرنارد شولتز؛ وجون أنغاسيو في ص ٢٢، ٢٣ من طبعة ١٩٩٧ من

مؤلفهم:

ثابتة Established Facts Upon قائمة في خصومة قضائية يقتصر محلها على بيان حقوق أطرافها، ولو كان في نيتهم الحصول فيما بعد على ترضية قضائية إضافية، أو كان بوسعهم الحصول عليها<sup>(١)</sup>.

Whether or not further relief is or could be sought.

وتطبق هذه الشروط في شأن الأحكام التقريرية، موداه أن الحق في إصدارها ليس من الحقوق المطلقة، وإنما يجوز أن يقيد المشرع إصدارها بما يراه ضروريا أو ملائما من القيود، كأن يمنعها إذا كان هدفها تعويق تحصيل ضريبة فرضها<sup>(٢)</sup>، وكأن يشترط محكمة ثلاثية التشكيل لإصدارها إذا تعلق موضوع الأمر بتحديد الأسعار<sup>(٣)</sup> أو بمنازعات العمال<sup>(٤)</sup>.

(١) NASHVILLE, C. V. WALLACE, 288 U.S. 249 (1933).

وتتخلص وقائع هذه القضية في أن المحكمة العليا للولايات المتحدة، كانت قد قبلت مراجعة حكم تقيري أصدرته إحدى الولايات. وقد قضت المحكمة العليا بجواز إصدار هذا الحكم مستندة في ذلك إلى قبائح القضية وحاصلها أن شركة كانت مهدة بضريبة تدعى مخالفتها للمستور من جهة عينها على تدفق التجارة بين الولايات، وأن مثل هذا النزاع لا يعتبر فرضيا، بل واقعا، وأن حق محكم الولايات في إصدار أحكام تقيرية، مقيد بطلب المدعين حقوقا يتسمكون بها ويعارضهم المدعى عليهم في استحقاقهم لها.

See also, E.g., Currin v. Wallace, 306 U.S. 1 (1939); Ashwander v. TVA, U.S. 288 (1936); Evers v. Dwyer, 358 U.S. 202 (1958).

(٢) 26 U.S.C. S 7421 (a).

(٣) Lockerty v. Philips, 319 U.S. 182 (1943).

(٤) See F. Frankfurter and L. Grean, The Labor Injunction (New York; 1930).

### المبحث المباشر

عدم جواز الفصل في خصومة دستورية لم تصدر

المحكمة الأدنى قرارا نهائيا فيها

٤٣١- تنوزع الرقابة القضائية على الدستورية في الدول الفيدرالية بين السلطة القضائية الاتحادية من جهة، والسلطة القضائية المطبقة في النطاق الإقليمي لكل ولاية من جهة أخرى. ومن ثم لا تتركز هذه الرقابة في محكمة واحدة تطو النظام القضائي بكل مفرداته. وإنما تبشر المحكمة الاتحادية الأعلى في ربوع الاتحاد جميعها، رقابتها على المحاكم الأدنى بوصفها درجة استئنافية.

وشرط ذلك أن تصدر المحكمة الأدنى قرارا نهائيا في الخصومة المطروحة عليها. ولا يكون القرار كذلك إلا إذا كان قاصدا بصفة قطعية في حقوق أطرافها، وبما يقيدهم جميعا بمضمونه. فإذا كان القرار غير ملزم لهم، أو كان نفاذه معلقا على تصديق جهة إدارية، أو كان غير فاصل في الحقوق المدعى بها سواء بإثباتها أو بنفيها، فإن المحكمة الاتحادية الأعلى لا تبشر رقابتها على الخصومة التي نظرتها المحكمة الأدنى.

وليس شرطا لنهائية القرار الصادر في هذه الخصومة، أن يكون قابلا للتنفيذ جبرا. ذلك أن قابلية الأحكام القضائية لتنفيذها جبرا، وإن كان أصلا فيها يلزم الصورة الطبيعية لمجرأها، إلا أن من الأحكام القضائية كالأحكام التقريرية، ما يقتصر على مجرد الفصل فيما إذا كان المدعى محقا أو غير محق في دعواه. ومن ثم لا تستبر خالصية تنفيذ الأحكام جبرا، جزءا من مكوناتها، ولا عنصرا جوهريا في الوظيفة القضائية<sup>(١)</sup>.

While the Ordinary course of judicial procedure results in a judgment requiring an award of process or execution to carry it into effect, such relief is not an indispensable adjunct to the exercise of the judicial function.

ومن المقرر قانونا أن لكل ولاية السلطة التي تخولها أن تحدد بنفسها طرائق اتصال المسائل الدستورية بمحاكمها، وكيفية مناقشتها، وأحوال الطعن استئنافية في الحكم الصادر فيها.

(١) Nashville C, and St. L.Ry v. Wallace, 288 U.S. 249, (1933).

ولا يجوز بالتالي أن يثير خصم أمام محاكمها مسائل دستورية إلا وفق القواعد الإجرائية التي فرضتها تشريعاتها كإطار للفصل فيها، وإلا اعتبر متخليا عن الحقوق الفيدرالية التي يدعي الإخلال بها. وإلى المحكمة الفيدرالية الأعلى في ربوع الاتحاد، يعود أمر الفصل فيما إذا كان عدم تقيد الخصم بالقواعد الإجرائية التي فرضتها الولاية للحصول على الحقوق الفيدرالية، يعتبر متخليا عنها<sup>(١)</sup>، ذلك أنه مما يتلوه التخلي عن هذه الحقوق، أن تفقر القواعد الإجرائية التي حددتها الولاية لاقتضائها، إلى الحد الأدنى من الفرص المعقولة للحصول عليها، كسماع أقوال الخصم وتحقيق دفاعه.

وللولاية بالتالي أن تجعل إثارة المسائل الدستورية مقصورة على وسيلة دون أخرى، أو في مرحلة زمنية معينة، فذلك مما يدخل في سلطاتها<sup>(٢)</sup>.

ويتعين دوماً أن يحدد الخصم بصورة جلية للمسائل الفيدرالية التي طرحها على محاكم الولاية للفصل فيها، وأن يبين كذلك أسسها بما لا تجهيل فيه، حتى تبصرها محكمة الولاية بأكثر قدر من التحديد، وفي الوقت الملائم لمرضاها.

وينبغي أن يلاحظ أن للكونجرس السلطة الكاملة التي يقرر بها اختصاص المحاكم الفيدرالية دون غيرها بالفصل في المسائل الفيدرالية، ويندرج تحتها سلطته في نقل المسائل الفيدرالية من محاكم الولاية إلى المحاكم الفيدرالية، كلما وجد ذلك ملائماً.

٤٣٢- وما تقدم مؤداه: أن القضاء الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية، لا يختص بمراجعة قضاء الولاية إلا إذا صدر حكم عنها في المسائل الفيدرالية. أما المسائل المحلية للولاية، فلا شأن للقضاء الفيدرالي بها، وهو ما يكفل لكل ولاية استقلالها قضائياً وتشريعياً. وكان منطقياً بالتالي أن تحظر القوانين الفيدرالية على المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تفصل في مسائل محلية تتعلق بالولاية، كالفصل في مشروعية قراراتها الصادرة وفقاً للنظم المعمول بها فيها. وحتى بالنسبة إلى المسائل الفيدرالية، فإن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لا اختصاص لها بنظرها، إذا قام الحكم الصادر في الولاية على دعامين إحداهما فيدرالية وأخرهما

(١) Parker v. Illinois 333 U.S. 571, 574 (1948).

(٢) Williams v. Georgia 349 U.S. 375, (1955).

غير فيدرالية، وذلك بشرط أن يكون للدعامة غير الفيدرالية ذاتيتها واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية بما يسوغ عقلا فصلها عنها؛ وأن تكون الدعامة غير الفيدرالية ملائمة وكافية وحدها لتأسيس قضاء الحكم عليها.

ويعتبر شرط ملائمة الدعامة غير الفيدرالية، واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية، ضمانا لحماية مصلحة الولاية في تطبيق وتطوير تقييداتها الإجرائية والموضوعية.

فلو أن حكما صدر لمصلحة المتهم بناء على كل من دستور الولاية ودستور الاتحاد، فإن مراجعة المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لهذا الحكم، لا تجوز نزولا منها على قواعد توزيع الاختصاص القضائي بين محاكم الولايات من جهة، والقضاء الفيدرالي من جهة أخرى. ذلك أن هذه القواعد بضوابطها تتوخى ما يأتي:

١. ضمان استقلال قوانين الولايات وتوكيد ذاتيتها، بما في ذلك تطبيقها لمتابعيها المطبوعة التي قد توفر لمواطنيها حقوقا أكثر شمولاً من تلك التي ينص عليها دستور الاتحاد.
٢. ضمان سمو القوانين الفيدرالية وتوحيد تطبيقاتها من خلال تقويم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، لأخطاء محاكم الولاية في شأن الأسس الفيدرالية التي تقيم أحكامها عليها.
٣. دعم النظام السياسي في الولاية من خلال تحية أحكامها القائمة على تطبيق القوانين الفيدرالية بما يناقض قواعدهما.

على أن القربة تعمل دائما في اتجاه تحويل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية سلطة مراجعة قضاء الولاية إذا كان الحكم الصادر فيها يرتكز بصفة رئيسية على القانون الفيدرالي؛ أو يزواج بين القوانين الفيدرالية والقوانين المحلية، وكان ظاهر الحكم لا يدل على ملائمة الدعامة غير الفيدرالية التي استند إليها، واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية. وهو ما يتحقق إذا صدر الحكم بافتراض أن مضمونه لا يخالف القوانين الفيدرالية، وإنما يطبقها<sup>(١)</sup>.

(١) Michigan v. Long 463 U.S. 1032 (1983)

وينبغي أن يلاحظ أن القوانين الإجرائية المعمول بها في الولاية، هي التي تحدد الكيفية التي تقدم بها المسائل الفيدرالية إلى محاكم الولاية، ما لم يكن القانون الفيدرالي الموضوعي قد قرن لقتضاء الحقوق الفيدرالية بتحديد القواعد الإجرائية المتعلقة بطلبها والتداعي بشأنها.

فإذا لم يلتزم المدعى في الخصومة الدستورية بالقواعد الإجرائية التي حددتها قوانين الولاية أصلاً للنظر في المسائل الفيدرالية، فإن محكمة الولاية قد تقضي ضده بغير خوض من جانبها في الحقوق الفيدرالية التي يدعيها.

وتفصل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية -وباعتبارها السلطة النهائية التي تحدد ما يدخل في ولايتها- فيما إذا كانت المسألة الفيدرالية قد تم عرضها على محكمة الولاية بصورة كافية وسليمة، وذلك حتى لا تخل مصلحة الولاية في تطبيق قواعدها الإجرائية، بالأسس المنطقية لعرض المسائل الفيدرالية عليها.

فإذا كانت القواعد الإجرائية في الولاية جديدة كل الجدة بحيث لم تتح للمدعى في الخصومة الدستورية فرصة حقيقية للخضوع لها، فإن استيفاء لهذه القواعد لا يكون مطلوباً كشرط للنظر في الحقوق الفيدرالية التي يدعيها<sup>(١)</sup>. وكذلك الأمر إذا كان تطبيق محاكم الولاية لقواعدها الإجرائية خاضعاً لمطلق تقديرها<sup>(٢)</sup> أو كان تطبيقها يفرض قيوداً تقبلها الوطأة على الحقوق الفيدرالية بما يعرقل -وفي غير مصلحة ظاهرة للولاية- فرص الحصول على هذه الحقوق<sup>(٣)</sup>.

(١) *Reece v. Georgia*, 350 U.S. 85 (1955); *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, 457 (1958).

(٢) *Williams v. Georgia*, 349 U.S. 375 (1955).

(٣) *Henry v. Mississippi*, 379 U.S. 443 (1965).

### المبحث الحادي عشر

#### امتناع الفصل في خصومة دستورية لا تتوافر لرافعها

#### فيها مصلحة شخصية مباشرة

٤٣٣- يركز شرط المصلحة الشخصية المباشرة على من يقيم الخصومة الدستورية طلباً لحقوق يدعيها أمام قضاء الشريعة الدستورية<sup>(١)</sup>. إذ يتعين على المدعى فيها أن يثبّط أولاً على أن ضرراً واقعياً Injury in Fact قد أصابه فعلاً من جراء تطبيق النصوص القانونية المطعون عليها في حقّه؛ أو أن هذا الضرر يتهدهد من وراء هذه النصوص المطعون مخالفتها للدستور. وعليه أن يبين كذلك أن هذه الأضرار الواقعية ناجمة عن النصوص القانونية المطعون عليها لتكون هذه النصوص سببها أو مصدرها Causation Requirement، وأن بالإمكان تسوية الأضرار التي أحدثتها فعلاً أو التي تتهدهد عقلاً، من خلال ترضية قضائية تركها وتحيط بها، وتقدم الوسائل الملائمة لجبرها Redressability.

٤٣٤- وهذه الشروط جميعها والتي تقوم بها المصلحة الشخصية المباشرة، هي التي جمعتها المحكمة الدستورية العليا بقولها.

>«شرط المصلحة الشخصية المباشرة- يتغيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية وتصوراتها المجردة. وهو كذلك بقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية، ويرسم تخوم ولايتها، فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر فيها الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالقدر اللازم للفصل فيها. ومواده ألا تقبل للخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء أكان هذا الضرر وشيكاً يتهدهدهم، أم كان قد وقع فعلاً. ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، ممكناً تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، علناً في مصدره إلى النص

(١) تركز الخصومة الدستورية بصفة رئيسية على الطرف الذي يسعى للحصول على الترضية القضائية من المحكمة، وبصفة ثانوية على المسائل الدستورية التي يطرحها عليها للفصل فيها. وتلك خاصية جوهرية يتميز بها شرط المصلحة عن غيره من العناصر التي يرتبط بها -تضائياً- الفصل في هذه الخصومة.

Flast v. Cohen, 392 U.S. 83, 99 (1968).

المطعون عليه. فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخططين بأحكامه، أو كان قد أقام من مزايده، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبلها. ولا يتصور بالتالي أن تكون للدعوى الدستورية أداة بعبء المتداعون من خلالها عن آرائهم في الشئون التي تعنيهم بوجه عام، أو أن تكون نافذة يعرضون من خلالها أروافهم من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لاثباتها أو نفيها، أو طريقاً للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها. بل تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها -التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرمانهم وحررياتهم وأموالهم- بما يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل عليها انفعالاً، ولا تعرض عنها تراخياً. ولا تتحجم بممارستها حدوداً تقع في دائرة عمل السلطين التشريعية والتنفيذية. بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذاً أخيراً ونهائياً، وأن تكون وجوداً وعدماً مع تلك الأضرار التي تستل بعناصرها، ويكون ممكناً إزالتها لتكون لها ذاتيتها.

ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوها أو منتحلاً أو موجوداً *In abstracto* أو يقوم على الافتراض، أو التخمين *Conjectural*.

ولازم ذلك، أن يقوم الدليل جلياً على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، وأن يسعى المضرور لدفعها عنه، لا ليؤمن بدعواه الدستورية -ركائس عام- حقوق الآخرين ومصالحهم، بل ليكفل إنفاذ تلك الحقوق التي تعود فائدة صونها عليه *In Concreto*.

٤٣٥- والتزاماً بهذا الإطار، جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة، شرط لقبول الدعوى الدستورية، ومناطقها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المطاعن الدستورية لازماً للفصل في النزاع الموضوعي<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يوليه ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ ص ٥٠-٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وبين كذلك من قضاء هذه المحكمة أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تتحقق إلا بتوافر شرطين أو عنصرين يتكاملان معا في تحديد مفهومها:

أولهما: أن يقيم المدعى في الخصومة الدستورية -وفي حدود الصفة التي اختصم بها- النصوص المطعون عليها- الدليل على أن ضررا واقعا قد أصابه من جراء تطبيق هذه النصوص في حقه. ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا، وأن يستقل بعناصره، وأن يكون بالإمكان إدراكها ومواجهتها بالترضية القضائية.

ثانيهما: أن تعود الأضرار المدعى بها إلى النصوص القانونية المطعون عليها، فلا تكون هذه النصوص إلا سببها؛ وإلها ترد هذه الأضرار باعتبار أنها هي التي أحدثتها ورتبتها.

وتلك هي علاقة السببية بين الأضرار المدعى بها، والنصوص القانونية المطعون عليها باعتبارها أداة تحقيق هذه الأضرار<sup>(١)</sup>.

وتتحقق جهة الرقابة على الدستورية بنفسها من توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة باعتباره من الشروط الجوهرية التي لا تقبل للخصومة الدستورية في غيبتها. ويبلور هذا الشرط كذلك فكرة الخصومة في الدعوى الدستورية؛ ويؤكد حدة التناقض بين مصالح أطرافها، طلبا لحقوق بنواتها تتمثل فيها المنفعة القانونية التي أقام المدعى دعواه لاقتضاءها. ومن ثم يكون الحصول على هذه الحقوق غاية نهائية لهذه الخصومة التي لا ترتبط المصلحة فيها بتوافق النصوص المطعون عليها مع الدستور أو تخالفها.

وليس لمحكمة الموضوع أن تتحقق بنفسها من توافر شرط المصلحة في الخصومة الدستورية أو تخلفه. ذلك أن لكل من للدعوى الموضوعية والدستورية ذاتيتها ومقوماتها، فلا تختلطان ببعضهما، ولا تتحدان في شرائط قبولهما.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٠ -ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا وأنظر كذلك دستورية عليا القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة أول يناير ١٩٩٤- القاعدة رقم ١١ -ص ١١٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وإنما تستقل كل منهما عن الأخرى في موضوعها. وكذلك في الشروط التي يتطلبها القانون لجواز رفعها<sup>(١)</sup>.

وتظهر الحكومة أمام المحكمة الدستورية العليا، وفقا لقانونها، إما باعتبارها طرفا ذا شأن في كل خصومة دستورية - أيما كان موضوعها أو المدعين فيها - فلا يرتبط مثولها فيها - عملا بنص المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا - بمصلحتها الشخصية المباشرة، بل يكون واقعا بقوة القانون بقصد إعلامها بمضمون ونطاق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، حتى تحدد موقفها من المطاعن التي نسبها للمدعى في الخصومة الدستورية إلى هذه النصوص، وتقدم أوجه دفاعها بشأنها خلال المواعيد التي حدتها المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>(٢)</sup>؛ وإما بوصفها مدعية في خصومة دستورية تقيمها بنفسها نجا على نصوص قانونية تراها مخالفة للدستور. وفي هذه الحالة لا تقبل هذه الخصومة إلا بتوافر مصلحتها الشخصية والمباشرة في رفعها.

ذلك أن من غير المتصور أن توجه جهدها للدفاع عن نصوص قانونية ظاهر بطلانها، وإلا صار دورها منحصرا في العمل بلا كل على إجهاض مطاعن يوجهها الأفراد إلى النصوص القانونية، وكان مخالفة للدستور واقعة في إطار مهامها..

ومن ثم كان منطوقا، بل ضروريا، أن يكون للحكومة الدور الأكبر في بناء التشريعية الدستورية، وأن يكون دفاعها عنها صارما، ولو من خلال الخصومة الدستورية تقيمها لرد عدوان على حقوق كلفتها الدستور لها.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٠ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ - القاعده رقم ٢٣ ص ٢٦١ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعده رقم ١٦ ص ٢٢٣ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ أن هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا هي التي تتولى تحضير الدعوى الدستورية بعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا. ثم تد في النهاية رايها المحايد في شأن الجوانب الواقعية والقانونية والدستورية لهذه الدعوى.

أنظر كذلك القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ ق "دستورية" جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥ - قاعده رقم ٩٠ ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء السادس من هذه المجموعة.

٤٣٦- وفي مجال تطبيق شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتعين أن يلاحظ أن ثمة مسائل دستورية تترك للمواطنين في مجموعهم، أو تثير اهتمام فريق عريض منهم. فلا يكون طلبهم الفصل فيها ولقنا في اختصاص جهة الرقابة على الدستورية التي لا يعنىها غير الخصومة الدستورية التي تنفيا صون الحقوق الشخصية لرفعها ورد العدوان عليها. ولا كذلك المسائل الدستورية العريضة في اتساعها، والتي يتقاسم همومها أشخاص يعنىهم أمرها بوجه عام Generalized Grievances ويصوغونها في صورة مجردة. ولا يتصور أن تعالجها غير السلطة التشريعية المنتخبة بالنظر إلى عموم مشكلاتها. وتعلقها بنظر غير من المواطنين، يشارك بعضهم بعضا فيها<sup>(١)</sup> كأن يدعى مواطن عن عقوبة الإعدام التي فرضها المشرع أنها لا تصدر بإجماع آراء قضاة المحكمة التي أصدرت الحكم، أو أن الطعن فيها لا يقع بقوة القانون، أو أنها عقوبة قاسية. وكذلك إذا لم يكن للمواطن مقيما في الدائرة الانتخابية التي يطعن في القانون الخاص بتقسيمها. فذلك كله مما يدخل في عموم المسائل التي يهتم المواطنون بها بوجه عام.

وإذا كان الأصل في الخصومة الدستورية ألا تقبل إلا إذا أقامها المدعى فيها طلبا لحقوق يختص بها Of His Own، فإن نظر هذه الخصومة لا يجوز بالتالي -كأصل عام- إذا كان موضوعها خاصا بحقوق آخرين Third Party. وهو ما اطرد عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما قرره من أنه لا يجوز كأصل عام أن يقدم المدعى دعواه الدستورية ليصون بها حقوق الآخرين ومصالحهم، وإنما يجب أن يتنبا بها ضمان تلك الحقوق التي تعود عليه فائدة حمايتها In Concrete<sup>(٢)</sup>.

ويتعين دوما أن تكون الحقوق التي يختص المدعى في الخصومة الدستورية بها، والتي يقيمها لرد العدوان عليها، من الحقوق التي كفلها الدستور أو المشرع، وواقعة في منطقة المصالح التي يكفلتها.

٤٣٧- وقد يكون المدعى في الخصومة الدستورية هو السلطة التشريعية ذاتها، أو منظمة تتنازل من أجل الدفاع عن حقوق تملكها وفقا للدستور. وتظل المصلحة الشخصية المباشرة في مفهومها المفطور تعبيراً -لا عن حقوق يدعيها رافعها من خلال خصومة يشوبها التجويل- وإنما عن حقوق قاطعة في وضوحها يشكك النزاع حولها بين طرفي الخصومة الدستورية، فذلك وحده

(١) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984); Gladstone Realtors v. Village of Bellwood, 441 U.S. 91 (1979).

(٢) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٨ ص ٦٢٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

هو ما ينير الطريق لجهة الرقابة على الدستورية، كي تفصل في المعائل الدستورية التي تثيرها، أيا كان قدر صعوبتها.

بما مؤده أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يتوخى ألا يجر قضاءا للشرعية على الدستورية إلى الفصل في خصومة دستورية لا تزال عناصرها في دور التطور<sup>(١)</sup>، ولا في نزاع مع السلطين التشريعية والتنفيذية لا طائل من ورائه. ذلك أن تجنبها مثل هذا النزاع العقيم وإن كان من واجباتها؛ إلا أن من مهامها كذلك ألا تتصل عن كل مواجهة تكون السلطة التشويعية أو التنفيذية طرفا فيها. ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية مركز خاص في مجال فرض كلمة الدستور وإعلائها. وليس لها أن تنظر إلى المعائل الدستورية التي تفصل فيها باعتبارها عناصر دخيلة أو عرضية على وظيفتها القضائية. إذ يعكس الفصل في هذه المعائل جوهر وظيفتها. كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية هي الأكثر قدرة على تطوير الدستور، وعرض القيم التي يحتضنها، لا تنقيذ في ذلك غير الخصومة القضائية كإطار وحيد للفصل في المعائل الدستورية.

### المطلب الأول

#### عناصر المصلحة الشخصية المباشرة

٢٣٨- في قضاء المحكمة الدستورية العليا، تقوم المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية على اجتماع العناصر الآتية:

أولاً: أن يكون المدعى في هذه الخصومة قد أضر شخصيا من النصوص للقانونية التي نعى عليها مخالفتها للدستور.

ثانياً: أن تقوم علاقة منطقية بين النصوص المطعون عليها، والأضرار التي يقال بأن هذه النصوص قد أحدثتها، بما يجعل هذه النصوص سببا لتلك الأضرار ما كان منها قائما أو وشيكاً Actual or threatened injury. فإذا تعذر رد الأضرار التي يدعيها إلى النصوص للطعون عليها، تعين الحكم بانتفاء مصلحته الشخصية في طلب إبطالها.

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٣ أيلول ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٦٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها

ثالثاً: أن تتحدد هذه الأضرار على نحو يكتل إدراكها، ومواجهتها بالترضية القضائية لتسويتها. وشرط ذلك هو تعيينها بما ينفي التجهيل بها، وأن يكون رد المضار التي رتبها للنصوص المطعون عليها في شأن من أصابع بعينها، مما يدخل في ولاية الجهة القضائية.

٤٣٩- ولأن الأضرار الواقعة الناجمة عن تطبيق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للمستور؛ لا تتعلق إلا بالمدعى في الخصومة الدستورية التي ما رفعها إلا لرد آثارها وتسويتها من خلال الترضية القضائية التي يطلبها؛ فقد صار أمراً مقضياً أن يقيم الدليل على الأضرار التي يدعيها.

وكما افترض المشرع بنص قانوني، تحقق مضار بعينها في أشخاص بنواتهم من جراء أعمال جدها، جاز لهؤلاء جميعهم أن يقوموا بالخصومة الدستورية للدفاع عن حقوقهم التي جحدتها هذه الأعمال، بد أن افترض المشرع تحقق مصلحتهم في إنهاء آثارها<sup>(١)</sup>.

ويظل الأصل في الخصومة الدستورية، هو أن يبرهن رافعها على أن ضرراً شخصياً واقعاً قائماً أو راجح الوقوع - لا تصوراً فرضياً أو تخيالياً - قد لحق به من جراء عمل يناقض الدستور، سواء أكان هذا الضرر حالاً، لم كان يهدده؛ قائماً لم راجحاً تحققه. فلا يكون مظلوماً أو متوهماً أو متحلاً أو مستعصياً على التحديد، أو واقعاً في إطار عام يشمل المدعى وغيره من المواطنين، بما يحول دون تمييزه عن الآخرين في العناصر التي يقوم عليها<sup>(٢)</sup>.

وهذا المعيار العام في تحديد الأضرار الشخصية الواقعية التي ترتبط بها المصلحة المباشرة في الخصومة الدستورية، يستحيل تطبيقه بصفة آلية في كل خصومة بغض النظر عن وقائعها وظروفها. وإنما تخوض جهة الرقابة على الدستورية في عناصر كل خصومه على حدة، وتستظهر مفرداتها كي تمحصها استقلالاً عن سواها. فإذا كان إمساکها بهذه الأضرار، وإدراكها لحقيقتها وأبعادها غير مستطاع لتعذر تشخيصها، فإن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يكون منتفياً.

(١) See Monaghan, "Constitutional Adjudication: The who and when", 82 Yale law journal, 1363, 1375- 79 (1973); Laurence H. Tribe, American Constitutional Law. Second edition, p 112.

(٢) Gladstone, Realtors v. Bellwood, 441 U.S. 95, 113 (1983).

بما موداه أنه في مجال تقييم الأضرار التي يقول المدعى بأن النصوص القانونية المطعون عليها، قد أحدثتها؛ فإن تحديدها على ضوء معيار عام يحيط بصورها جميعها، لا يتصور. والأدق أن ينظر لكل حالة على حدة، وأن يكون تقييمها على ضوء طبيعة الأضرار المدعى بها وخصائصها، وأن نستبعد منها تلك المضار التي يتعذر تحديدها بدرجة كافية تؤهل لتعويضها، وتقرير للترضية القضائية التي تناسبها.

ويكفي بالتالي أن يكون الضرر المدعى به مثلاً، وليس شرطاً أن يكون مكتمل العناصر وقت رفع الخصومة الدستورية. بل يجوز أن تستوفي هذه العناصر صورتها مستقبلاً، وإلا صار وقوع الضرر فعلاً - لا رجحان حدوثه - شرطاً في الخصومة الدستورية. فلا يكون مناط قبولها مضار متوقعة عقلاً بل قائمة فعلاً. وفي ذلك تضيق الرقابة على الدستورية دون مقتض<sup>(١)</sup>.

فالمخاطبون بالجريمة يستطيعون التكليل على تعلقها بأفعال لا يجوز - من منظور اجتماعي - تأنيبها، أو أن العقوبة التي حددها المشرع لها، ينفرط تناسبها بصورة ظاهرة ودرجة خطورة هذه الجريمة؛ أو أن النص العقابي يفترض المسؤولية الجنائية بدلاً عن إثباتها؛ أو تمحض عقاباً عن الفعل الواحد أكثر من مرة؛ أو أخل بحرية العقيدة، إلى غير ذلك من صور إهدار أو انتقاص الحقوق التي كفلها الدستور.

وقد تكون الأضرار الواقعية التي يثبتها المدعى في الخصومة الدستورية من طبيعة اقتصادية. ومن ثم تقوم بها المصلحة الشخصية المباشرة، شأنها في ذلك شأن الأضرار الواقعية غير الاقتصادية. فإذا صدر في شأن مشروع - خاص أو عام - قانون من شأن تطبيقه فصل بعض العاملين فيه من غير المواطنين، A soon-to-be-discharged alien employee، فإن الضرر الذي يصيبهم يكون اقتصادياً في طبيعته بما يخولهم الحق في دفعه عنهم من خلال الخصومة الدستورية التي يستتبعونها بها ضمان تساويهم في سوق العمل مع المواطنين<sup>(٢)</sup> The Equal protection Clause.

(١) يتحقق الضرر الحال أو المهدد به في الأعم من الأحوال من خلال الإخلال للنصوص القانونية كقالة الحقوق

Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 500 (1975).

(٢) Taux v. Raich, 239 U.S. 33 (1915)

في هذه القضية كان قد صدر قانون بولاية أريزونا يعاقب بمقتضاه رب العمل الذي يستخدم أجانب بجوازون النسبة التي حددها هذا القانون.

وقد يخل القانون بالتوازن في العلائق الاقتصادية بين المخاطبين بأحكامه، كان يطلق لمواق التجارة في وجه بعضهم؛ أو يحول دون تنافسهم المشروع من خلال صور من الاحتكار يمنحها لبعضهم، ولو لم يكن الاحتكار كاملاً<sup>(١)</sup> أو يحمل المستأجرين بأعباء لا تتوافر لديهم بسببها أموال سائلة يستخدمونها في شراء احتياجاتهم؛ أو يجرى بعض الناس من ملكيتهم دون تعويض؛ أو يصادر جانباً من أموالهم بغير حكم قضائي؛ أو يفترض تهريبهم سلعاً قاموا باستيرادها؛ أو يفرض عليهم ضريبة تقتصر على موازين العدالة الاجتماعية، أو يقرن مجرد التأخير في دفعها، ولو ليوم واحد، جزاء صارم باهظ التكلفة.

ففي هذه الصور جميعها، تتوافر للمدعى في الخصومة الدستورية مصلحة في الطعن على دستورية النصوص القانونية التي تخل بحقوقه التي كفلها الدستور، كالحق في ضمان العدالة الاجتماعية عند فرض الضريبة؛ وفي التوازن في العلائق الإجبارية؛ وفي صون الملكية الخاصة؛ وفي أن يتحمل المواطنون وفق قواعد موحدة أعباءهم المالية؛ وفي مقابلة التزاماتهم بحقوقهم في صورة منطقية.

ولا كذلك الخصومة الدستورية التي يقيمها أحد الممولين لضريبة ما، والتي ينزاع بها -وبقصد خفض مقدار الضريبة التي يتحملها- في كيفية إنفاق الدولة التي فرضتها لإيرادها العام.

ذلك أنه حتى بافتراض سوء إنفاقها لهذه الموارد وصرفها لها في غير وجهتها، إلا أن سفهها أو سوء تدبيرها لشؤونها من خلال إنفاقها لأموالها في غير موضعها، ليس ضرراً ينال هذا الممول وحده، بل هو من قبيل الهموم التي يعتبر المواطنون جميعهم شركاء فيها، والتي تفلور قيمهم ومصالحهم الأيديولوجية التي يدافعون عنها بوجه عام Generalized ideological interests. فضلاً عن أن من غير المحقق أن تفرض الدولة الضريبة بقدر أقل من مبلغها المقرر قانوناً إذا قام الدليل على إساءتها استخدام أموالها وإنفاقها لها في غير مصلحتها المقررة قانوناً. فلا يكون لهذا الممول بالتالي مصلحة شخصية ومباشرة في دعواه الدستورية.

(١) Association of Data Processing Service Organizations v. Camp, 397 U.S. 150 (1970); Harden v. Kentucky Utilities Co. 390 U.S. 1 (1968).

على أن ما تقدم لا يجوز أن يؤخذ على إطلاق. فالمعونة المالية التي تقدمها الدولة لأصم عقيدة تصطفيا وترجيحها على ما سواها من العقائد، يجوز الطعن بعدم دستورتها في الدول التي لا دين لها.

لا لأن هذه المعونة تتمحض تمييزا تبسط به الدولة يدها لإتفاق المال العام في غير أوجهه، وإنما لأن تقرير هذه المعونة أو منحها، يخل بتكافؤ الأديان فيما بينها، وبامتناع الإبحاز لواحدة منها إضرارا بغيرها<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن فرض الدولة لأعباء تعليمية متفاوتة على الطلبة، وتمييزها بينهم بالنظر إلى درجة ثرائهم، يناهض تساويهم في الحقوق التي يملكونها قبل معاهدتهم التعليمية. ويناقض كذلك وحدة العملية التعليمية وتكامل مراحلها وضرورة تنفيذها وفق شروط موحدة لا تميز فيها بناء على الثروة. ولهؤلاء الطلبة بالتالي وكذلك لأبائهم حق المنازعة في دستورية هذه الأعباء<sup>(٢)</sup>.

كذلك تقوم للمدعى في الخصومة الدستورية مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن على السيادة التي تنتهجها الدولة لتنظيم أوضاعها البيئية وحمايتها من ملوثاتها. ذلك أن سياستها هذه -التي تبلورها تشريعاتها- لها جوانبها الإيجابية والسلبية التي تؤثر في نوعية الحياة التي يعيشها المدعى؛ شأنها في ذلك شأن سياستها الاقتصادية التي تؤثر في درجة رخائه. وذلك كله بشرط أن يكون للأضرار التي يعانيها من جراء ذلك، ذاتيتها التي لا تختلط بأضرار المواطنين في مجموعهم، ولو لم تكن الأضرار التي أصيب بها، متفردة بخصائصها Unique to the litigant.

ذلك أن المصلحة الذاتية لكل شخص في بيئة نظيفة، لا يجهضها أن يكون هذا الاعتبار ملحوظا كذلك عند آخرين يعنيهم أن تكون بيئتهم مجردة من ملوثاتها. فالمصلحة الذاتية التي يقوم الدليل عليها، لا ينحيا توافق آخرين مع مراميها وتقاسمهم اهتماماتها، ولا تحيل الخصومة الدستورية الفردية، إلى خصومة جماعية.

(١) Everson v. Board of Education 330 U.S. 1 (1947).

(٢) دستورية علما "القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية" - جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٠ ص ١٩٥ وما بعدها من الجزء السابع.

وإنما تظل هذه الخصومة على حالتها، فلا تتجرد من خصائصها الشخصية، ولا تجعل رافعها أقل استحقاقاً للترضية القضائية لمجرد أن آخرين يحظيهم أمرها، وإن تحين دوماً أن تكون الأضرار الشخصية المدعى بها، مثقلة بعناصرها في الخصومة الدستورية كشرط لقبولها.

فالخصومة الدستورية التي تقيما جمعية بصفتها نائبة عن أعضائها، وطعننا منها في الترخيص الصادر لمشروع ما بالقيام بأعمال للتدين في منطقة لا يتردد عليها أعضاء الجمعية؛ ولا دليل من الأوراق على أن أعمال التدين التي قام بها هذا المشروع، من شأنها أن تلحق بهذه المنطقة أضراراً تخطى بجمالها أو بالتوازن الأيكولوجي بين عناصر بيئتها، لا يجوز قبولها<sup>(١)</sup>.

والطلبة الذين يلزمهم القانون بقراءة الإنجيل في مدارسهم، يضارون هم وأبائهم من مريان هذا القانون. في شأنهم، إذا كان الحائط الفاصل بين الدولة والدين، مقررراً بنص في الدستور<sup>(٢)</sup>.

وليس لازماً أن تكون المصلحة الشخصية المباشرة، قائمة بكل عناصرها وقت المنازعة في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها. بل يكفي أن تكون مصلحة محتملة تقوم على توقي ضرر لا شبهة في إمكان تحديد أبعاده.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن المصلحة الشخصية المباشرة لا يشترط أن تكون قائمة بقررها القانون. وإنما يكفي أن يكون محتملاً تحققها. ذلك أن من غير المنطقي أن يحمل الشخص على إرجاء دعواه للدستورية حتى تتحقق الأضرار التي تهدده بكاملها. وإنما يجوز دائماً أن يتخذ دعواه هذه، طريقاً إلى توقي وقوعها<sup>(٣)</sup>.

One does not have to await the consummation of threatened injury to obtain preventive relief.

(١) Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972).

(٢) Abington School District v. Schempp. 374 U.S. 203 (1963).

(٣) القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٨/٦ - قاعدة رقم ٣ - ص ٦٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة للدستورية العليا. وكذلك القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٢٣ جزء ١٨ والقضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٦١٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

فالذين يقيمون في دار لعلاجهم، يؤرقهم التهديد بنقلهم منها إلى مكان آخر أقل في مستواه كفاءة وتنظيماً. فلا تكون الخصومة الدستورية التي يقيمونها لمواجهة هذا التهديد، غير نوق من جانبهم لوقوع ضرر يتهددهم<sup>(١)</sup>. وهو ما تقرره المادة ٣ من قانون المرافعات بنصها على أن التحوط لدفع ضرر محقق يندرج في إطار المصلحة المحتملة التي تكفي وحدها لتحقيق شرط المصلحة في الخصومة للقضائية.

والذين يتهددهم اتهام جنائي إذا خالفوا النصوص القانونية التي حددها المشرع، ليس عليهم تبرص صدور هذا الاتهام لاختصاصها. بل تقبل دعواهم الدستورية التي يتوخون بها إبطالها، حتى لا يظل احتمال صدور هذا الاتهام، سبباً مسطلاً فوق رؤوسهم.

وصح بالتالي ما قرره المحكمة الدستورية العليا من أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، مؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير هؤلاء الذين أصيروا من جراء مبريان النصوص المطعون فيها في شأنهم، سواء كان ما أصابهم من ضرر بسببها قائماً، أم كان وشعياً يتهددهم<sup>(٢)</sup>.

يؤيد هذا النظر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية لا يرتبط بنوع المسائل الدستورية التي تطرحها؛ ولا بطبيعة الترضية للقضائية التي يطلبها المدعي، وإنما يتعلق هذا للشرط. بمركز المدعي بالنسبة إلى النصوص المطعون عليها، وبطبيعة الأضرار التي لحقت من جراء تطبيقها في حقه. وليس لازماً أن تصل هذه الأضرار إلى درجة اليقين من جهة ثبوتها، بل يكفي أن يكون وقوعها محتملاً، وتعيينها ممكناً. وإن ظل شرطاً في الضرر -ولو كان مستقبلياً- ألا يكون تصورياً، وألا يتعلق بمصلحة لها شأن عام كمصلحة المواطنين جميعهم في ضمان تنفيذ القانون، والتفدي بحرفيته.

(١) Blum v. Yaretsky, 457 U.S. 991, 1000 (1982).

(٢) دستورية عليا للقضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٦ - ص ٢٢٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، أنظر كذلك القضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ ق دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٥ - ص ٢٢١ من الجزء الثامن

ذلك أن الخضوع للقانون، وإن كان يؤثر في إنتاجية الفرد، ويحيط أداء العمل بالأوضاع الأفضل للنهوض به، إلا أن فرض كلمة القانون على الكافة، أدخل إلى المفاهيم الأيديولوجية التي تدعو إلى احترامه، وضمان هيئته بناء على مجرد وجوده كقانون<sup>(١)</sup>.

وبينما لا يتصور التمييز بين المخاطبين بالقوانين الجنائية من خلال إعفاء بعضهم من تطبيقها وفرضها على باقيهم؛ وكان يجوز لمن أصابته هذه القوانين بأحكامها، أن يقيموا الخصومة الدستورية التي يناهضون بها دستورية هذا التمييز بقصد إنهاء آثاره؛ إلا أن غير المخاطبين بالقوانين الجنائية لا يملكون حق الاعتراض عليها، ولا على كيفية تطبيقها، ولو كان يعنيه أن يؤخذ المذنبون جميعهم بجرائمهم، وأن يحيطهم قصاص عادل يأخذ برقابهم، خاصة وأنه لا مصلحة لمواطن في أن يكون غيره بريئاً أو مذنباً، متهماً أو مطلق السراح، على تقدير أن مثل هذه المصالح يتعذر تشخيصها<sup>(٢)</sup> (Judicially cognizable).

وقد اطراد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة، مناطها ارتباطها عقلاً بالمصلحة في الدعوى الموضوعية؛ وذلك بأن يكون الحكم الصادر في الخصومة الدستورية مؤثراً في الحكم للفصل في النزاع الموضوعي.

فلا تكون المصلحة الشخصية المباشرة غير مصلحة المدعى في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية The personal stake in the outcome of the case التي يفترض أصلاً ألا تكون ثمارها لغيره، وتقتضي كذلك التمييز بين أضرار لها من عمومها واتساعها وتجردها، ما يربطها بالمواطنين في مجموع قائلهم؛ وبين ضرر خاص لا يتعلق بغير شخص معين أو بأشخاص بذواتهم، ولا بصيغهم إلا في مصالحهم الذاتية أو الفردية التي تعكسها طلباتهم لشخصية المحددة عناصرها، والتي يكون تضام مفرداتها إلى بعضها البعض، محض تعبير عن مجموع مصالحهم الفردية.

An aggregation of specific claims of interests peculiar to particular individuals.

(١) Stewart, The reformation of Administrative law, 88 Harvard Law Review, pp. 1739- 40 (1975).

(٢) Linda R.S.V. Richard D. 410 U.S. 614 (1973).

ولا يجوز بالتالي أن تقبل الخصومة الدستورية ما لم تكن مصلحة المدعى فيها مختلفة عن مصالح المواطنين في مجموعهم.

ذلك أن اندماج مصلحته في مصالحهم يفقدها ذاتيتها، وهي شرط لبيان الحدود الضيقة للخصومة الدستورية التي يطرحها المدعى -في نطاق مصلحته الشخصية المباشرة- منفصلاً بوقائعها النصوص القانونية المطعون عليها، وصلتها بالأضرار الواقعية التي سببتها، فلا يكون عرضه لأبعاد هذه النصوص إلا تعريفاً بكامل عناصرها Complete perspective، ينير من خلالها الطريق إلى جهة الرقابة على الدستورية، فلا تقص في خصومة يشوبها التجهيل، ولا في غير ضرورة.

ومن ثم تبلور للخصومة الدستورية التي توجهها المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى، مجموع عناصرها، وكامل أبعادها، بما في ذلك الآثار السلبية الناتجة عن تدخل المشرع -بالفعل أو الامتناع- في شأن خاص بالمدعى، لتظهر هذه الخصومة وقد طبعها رافعها بشخصيته، أكثر من كونها تعبيراً عن المسائل الدستورية. التي أثارها من خلالها.

فالذين يملكون أراض حال المشرع دون استثمارها في الأوجه المعقولة لها<sup>(١)</sup>؛ والأبناء الذين ألزمهم المشرع بإحاق أبنائهم بالتعليم العام لا الخلق<sup>(٢)</sup>؛ والشركة التي حدد المشرع أجور خدماتها<sup>(٣)</sup>؛ والمطمعون الذين حرّمهم المشرع من حق الاجتماع ومن حريتهم في التعبير من خلال صور النشاط التي منعه من ممارستها<sup>(٤)</sup>؛ والأزواج الذين حظر المشرع عليهم استخدام الوسائل الواقية من الحمل<sup>(٥)</sup>؛ كل هؤلاء لهم مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تدخل بحقوقهم في استعمال ملكهم في الأوجه التي يختارونها؛ وفي مباشرة أوجه النشاط التي يرون ملائمتها؛ إذ هم خصماء لكل هذه النصوص التي وجهها المشرع إليهم، وأصابعهم بها، وقصد إرهابهم بأحكامها. ومصلحتهم في دفعها حقيقية وظاهرة سواء تعلق الأمر

(١) Euclid v. Ambler Realty, 272 U.S. 365 (1926).

(٢) Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

(٣) Ex parte Young, 209 U.S. 123 (1908).

(٤) Adler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952).

(٥) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

بحقوق ملكيتهم التي أخل بها، أو بمبادئهم ما هو مشروع من صور من النشاط التي اختاروها. فلا تكون مصالحتهم في الاعتراض على القيود التي حملهم المشرع بها، وفرض تطبيقها عليهم، غير مصلحة حقيقية Tangible interests تلمسها بأيديها جهة الرقابة القضائية.

وينبغي أن يلاحظ أن النصوص القانونية التي يقرها المشرع، قد تلحق الضرر ليس فقط بمن قصدهم هذه النصوص بأحكامها، ذلك أن المضار التي ترتبها، قد تتلح من حقوق الآخرين كلها المستور. فالقيود التي يفرضها المشرع على مشروع ما، ليخفض بها أسعار منتجاته أو خدماته، تخول هذا المشروع حق الاعتراض على هذه الأسعار من خلال الخصومة القضائية التي يقيمها لإكفاء العمل بها. كذلك فإن الذين يناهضون هذا المشروع يجدون أنفسهم في مركز يمتنعهم من مزاحمة ذلك المشروع في الأسعار الأقل التي حددها المشرع لمنتجاته وخدماته، لتقوم بهم كذلك مصلحة في الاعتراض عليها؛ وإن ظل ثابتاً أن المصلحة في هاتين صورتين لا تخل من مصلحة شخصية مباشرة قولها الحقوق الفردية التي يطلبها أصحابها لمواجهة ضرر خاص أصابهم<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك أن تكون المصلحة في الخصومة الدستورية مجردة في خصائصها، أو تتناول ما هو عام من مصالح المواطنين في مجموعهم The Airing of Generalized Grievaness. نلصك أن مواجهة هذه المصالح وإثباتها من مسئولية السلطة السياسية التي اختارتها هيئة الناخبين. إذ هي وحدها الأكثر على تقدير الحلول الملائمة لها.

كذلك فإن اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية القوانين، ينحدر إلى وظيفة قضائية تغاير بالضرورة المهام التي يقوم عليها الإمبروزمان في بعض الدول.

والمصالح المجردة أو العمومية Interests shared with the larger community of people at large، لا تخصيص فيها، ولا تستغل بذلتها، ويستحيل تحديدها من منظور كامل Complete perspective يبلور حقيقة الخصومة الدستورية التي لا تتوغل بشأنها مصالح أطرافها، ولكنها

(١) فلو أن المشرع حدد أسعار تذاكر الركوب في السكك الحديدية، فإن الاعتراض عليها يكون حقاً ليس فقط لمن يديرونها ولكن كذلك للذين ينافسونها كحولاء الذين يتولون الركاب بالحقائق في المسارات ذاتها.

Ex parte Young 209 U.S. 123 (1908).

تتعارض من خلال تصادمها<sup>(١)</sup>). وهو ما يناقض شرط المصلحة الشخصية المباشرة في حقيقة معناه. إذ يفترض هذا للشرط أن يكون للمدعي في الخصومة الدستورية مصلحة حقيقية في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية. وهو ما لا يتحقق إلا إذا كان النزاع للقائم بين أطرافها دالا على عمق الخصومة القائمة بينهما، وأن لها من حقتها وماديتها ما يجعل تعيين حدود المسائل الدستورية المثارة فيها، واجبا لا تغريب فيه<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

رابطه السببية بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، وما لحق المدعى بسببها من أضرار تجوز تسويتها قضائيا

٤٤٠- تقابل الجهة القضائية في كل خصومة دستورية، بين النصوص القانونية المطعون عليها وأحكام الدستور، توصلا لتقرير تطابقها معها أو خروجها عليها. ويفترض في هذه النصوص ترتيبها لأثار قانونية أضرت بالمدعى من خلال تطبيقها عليه. وأن ما تنوؤا الخصومة الدستورية التي رفعها، هو إنهاء الأثار التي رتبها هذه النصوص في حقه، وجبر الأضرار التي أنتجتها بحكم ملائم بصفيها<sup>(٣)</sup> وبتعبير آخر يتعين أن يقدم المدعى في الخصومة الدستورية الدليل على أنه أضير فعلا من جراء تطبيق النصوص للمطعون عليها في حقه، وأن الترضية القضائية التي يتوقعها ستزيل هذا الضرر<sup>(٤)</sup>.

فإذا لم يكن للنصوص المطعون عليها من صلة بالمضار الواقعة التي يدعيها Injury in fact، فإن علاقة هذه النصوص بتلك المضار The logical nexus تنقص. ولا يكون إبطالها منتجا في دعواه، إذ يظل مركزه القانوني في الصورة التي كان عليها من قبل، ولو قام الدليل على مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور.

٤٤١- وعلاقة السببية هذه The causation Connection بين إضرار المدعى بها من جهة، والنصوص القانونية التي أحدثتها من جهة ثانية، شرط في المصلحة الشخصية المباشرة. وهي

(١) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

(٢) Metropolitan Washington Airports Auth. v. Citizens for the Abatement of Aircraft Noise, 501 U.S. 252 (1991).

(٣) Simon v. Eastern ky. Welfare Wrights Org., 426 U.S. 26, 38 (1976).

(٤) Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 505 (1975).

علاقة لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تنفيها لمجرد التخلص من القضايا التي ترفعها، أو التي لا تميل إليها، أو التي تتوجس خيفة منها<sup>(١)</sup>، خاصة وأن علاقة السببية تلك، هي الموطئ إلى للترضية القضائية التي يطلبها المدعى، والتي تتحقق من خلالها مصلحته في رد عدوان المشرع على الحقوق التي كفلها الدستور أو القانون. وذلك من خلال ترضية قضائية يفترض فيها أن تكون ملائمة، وكافية لإنهاء الآثار القانونية المترتبة على هذا العدوان والتعويض عنها.

ومن ثم تظهر علاقة السببية كشرط منفصل عن شرط الأضرار الواقعية في الخصومة الدستورية. وهي علاقة مؤداها أنه لو لم يكن المشرع قد أقر للنص القانوني المطعون فيه، فإن الأضرار التي أحدثها هذا النص، ما كانت لتتحقق.

فإذا لم تتوافر هذه العلاقة المنطقية بين الأضرار الواقعية وأسبابها القانونية التي تبلورها النصوص المطعون عليها، فإن إبطال قضاة الشريعة لهذه النصوص لا يكون مقصوراً، ومن ثم تبقى تلك النصوص على حالها لانقسام مجال تطبيقها عن الأضرار الواقعية التي قال المدعى بأنها هي التي أحدثتها.

فالذين ينازعون في دستورية ضريبة طبقت عليهم، ويطلبون الحكم ببراءة نمتهم منها، لا يجابون إلى طلبهم إلا بشرط تعلق الضريبة التي يجحدونها بالنصوص القانونية التي يطعنون عليها. ومن ثم تكون الخصومة للدستورية طريقهم لإبطال الضريبة والتخلص من أعبائها التي أحدثتها النصوص القانونية التي أنشأتها، وهي أعباء اقتصادية في طبيعتها.

فإذا لم يكن للنصوص المطعون عليها من شأن بالضريبة التي ينازعون في دستورتها، فإن دين الضريبة يظل قائماً في حقهم، ولا يكون طلبهم الحكم ببراءة نمتهم من هذا الدين، مفهوماً.

(١) يقول القاضي Brennan أن علاقة السببية التي تتطلبها المحاكم الفيدرالية في الخصومة للدستورية هي دفاع من تستر وراءه حتى لا تحكم في موضوع النزاع المطروح عليها.

A poor disguise for the Courts view of the merits of the underlying claims.

انظر في ذلك الرأي المخالف لهذا القاضي في قضية

Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 782 (1984).

وما تقدم مؤداه أن رد عدوان على الحقوق التي كفلها الدستور، لا يكون إلا من خلال المنازعة في دستورية النصوص القانونية التي نجم عنها هذا العدوان. وتلك هي علاقة السببية بين المضار الواقعية، والنصوص القانونية التي سببتها.

وبدونها لن تكون الخصومة الدستورية غير خصومة نظرية يقيمها أصحابها لإرهاق جهة الرقابة على الدستورية، ولحلها على الفصل فيها في غير ضرورة، ودون فائدة عملية يمكن اجتيازها منها. وهو ما لا يجوز حتى في إطار مفاهيم القانون الخاص.

فالمسئولية العقدية جزاء الإخلال بالتزام نشأ عن العقد. فإذا لم يكن ثمة إخلال به، فلا مسئولية. كذلك فإن المسئولية التقصيرية لا تنثر إلا عن عمل غير مشروع ألحق بالخير ضرراً. فإذا كان العمل استعمالاً لحق، أو كان غير مشروع، ولكنه لم يلحق ضرراً بأحد، فإن للمسئولية التقصيرية عن هذا العمل، تفقد أساسها.

ولأن صرح للقول بأن علاقة السببية بين المضار وأسبابها، تستلزم بذاتها عن شرط الضرر في المصلحة الشخصية المباشرة؛ إلا أن أهميتها تصل إلى حد اعتبارها جوهر هذه المصلحة وقوامها. ذلك أن المصلحة في الخصومة الدستورية شخصية بطبيعتها. والأضرار التي تنفعها هي التي تعود في مصدرها إلى النصوص القانونية المطعون عليها. فإذا تعذر نسبتها إليها، فلا مصلحة.

وتقسيم المشرع للدوائر الانتخابية، يخول كل مقم فيها حق الاعتراض ليس فقط على الكيفية التي حدد بها المشرع تخومها، وإنما كذلك بالنسبة إلى عدد المقاعد التي اختصها بها إذا صار لأصوات ناخبينها وزن أقل من الوزن المعطى لأصوات ناخبين آخرين في غيرها من الدوائر الانتخابية Malapportionment. بما يمايز بين بعضها البعض، فلا يكون تمثيلها جميعاً في المجالس النيابية متناسباً قدر الإمكان مع عدد سكان كل منها<sup>(١)</sup> Districts Under Represepted.

٤٤٢- إذ كان ما تقدم، وكان شرط المصلحة الشخصية المباشرة يركز على الخصم الذي أثار المسائل الدستورية أكثر من تركيزه على هذه المسائل ذاتها، فذلك لأن هذه المصلحة هي

(١) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

التي تكفل شخصية المحصلة النهائية للخصومة الدستورية، وهي التي يطرح الطاعن على ضوئها على جهة الرقابة على الدستورية، النظرة المتمثلة للخصومة الدستورية في وقلعتها وأدلتها، ومن جهة الأبعاد الأوثق اتصالا بالمضار التي أحدثتها النصوص القانونية المطعون عليها، فلا يكون عرضها حديثا في فراغ، ولا قولا مجملا بغير دليل.

كذلك يعتبر شرط المصلحة الشخصية متصلا بالوظيفة القضائية ذاتها التي تحول دون الفصل في المسائل الدستورية في غير ضرورة. ويرتبط كذلك بمبدأ الفصل بين السلطة القضائية والسلطتين التشريعية والتنفيذية. وهو مبدأ مقتضاه مباشرة جهة الرقابة على الدستورية لوظيفتها في الحدود التي رسمها الدستور لها. وهي حدود تلزمها بالأقل تقبل خصومة دستورية لا تريد عن كونها تعبيراً في الفراغ عن وجهة نظر يرد الترويج لها أو للحض عليها.

وإذا جاز القول بأن من المفترض في نصوص الدستور جميعها أنها مقرررة لصالح المواطنين في مجموعهم، فلا يجوز حرمان أحدهم من الاحتماء بها، إلا أن إطلاق هذه القاعدة في نطاق الخصومة الدستورية بما يجعل شرط المصلحة للشخصية المباشرة غير لازم فيها، مؤداه أن يعتبر النجوى إلى جهة الرقابة على الدستورية مطلقاً من كل قيد مقول، وبما يخلو الناس جميعهم للتدخل من خلال الخصومة في كل الأعمال الحكومية التي لا يرون صوابها، أو يتدرون عدم ملائمتها.

على أن هذا القضاء المقارن في مجال الرقابة على الشرعية الدستورية، وإن توخى ألا يقدم قضاءاً شرعياً للدستورية أنفسهم في كل شيء حتى في المسائل الدستورية التي لا يجوز الفصل قضائياً فيها، إلا أن كثيرين يتخوفون من مخالفة قضاءاً للشرعية الدستورية، أو ترمتهم في مجال تطبيق شرط المصلحة للشخصية المباشرة، بما يعوقهم عن النظر في مسائل دستورية لها من حيويتها وخصوبتها، ما يجعلها أكثر تأثيراً في مصالح المواطنين في مجموعهم؛ خاصة وأن الخوض في علاقة السببية بين الأضرار المدعى بها، والنصوص القانونية التي أحدثتها من أكثر المسائل تعقيداً وغموضاً في مجال الرقابة على الدستورية<sup>(١)</sup>. وقد تكبحها عن مواجهة نزاع يوقعها في حرج الصدام مع السلطتين التشريعية أو التنفيذية.

(١) W. Prosser, Handbook of the Law of Torts, chapter 41, 4<sup>th</sup> edition, p. 236, 1971.

إلا أن علاقة السببية تظل لازمة لضمان تنفيذ جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالحدود المنطقية لولايتها التي لا يجوز معها أن تتحول وظيفتها القضائية إلى عمل من أعمال التبرع يوجبها لمن يطلبها. وتظل علاقة السببية بين المضار وأسبابها، جوهر الخصومة الدستورية. إذ بدونها يصير الفصل في دستورية النصوص القانونية التي لا تربطها صلة بالمضار المدعى بتحقيقها، عقيماً.

### المطلب الثالث

#### الدفاع عن حقوق الآخرين

#### The Tird Party Standing

٤٤٣- من المسائل التي يحرص قضاء الشرعية الدستورية على توحيدها، هو أن يقدم المدعى في الخصومة الدستورية للدليل على أن الحقوق التي يطلبها تتعلق به لا بغيره، وأن المصالح التي يتوخى تحقيقها تدخل في منطقة المصالح التي يحميها الدستور أو المشرع<sup>(١)</sup>.

وتتفيا قاعدة عدم جواز الدفاع عن حقوق الآخرين<sup>(٢)</sup>، استبعاد القضايا التي يكون مطلبها اقتضاء هذه الحقوق. وهي بعد قاعدة لا إطلاق فيها؛ وإنما تنقلها صور من الخروج عليها تعتبر استثناء منها، وتبلور في مجموعها السياسة التي يلتجئها قضاء الشرعية الدستورية في مجال الخصومة الدستورية التي يكون هدفها الدفاع عن الآخرين ومصالحهم<sup>(٣)</sup> Jus Tertii .

وهذه القاعدة التي لا يجوز معها -وكأصل علم- أن يقيم المدعى دعواه الدستورية للنفذ عن حقوق كفلها للدستور أو المشرع لآخرين؛ علتها ما هو مفترض من تحوط قضاء الشرعية الدستورية في مباشرتهم للولاية التي كلفهم الدستور بها. فلا يفصلون في غير ضرورة في مسائل دستورية لها نفعها ومحاذيرها<sup>(٤)</sup>. ذلك أن واجبهم الأول هو عدم الفصل في مسائل دستورية قبل أوانها، أو في مسائل دستورية يستطيعون تجنبها. وهو مالا يتحقق في الدفاع عن حقوق الآخرين يفترض أنهم يحسبون تقدير مصالحهم؛ وأنهم يحدثون خطاهم على ضوئها. فإذا لم يقيموا

(١) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984).

(٢) Tileston v. Ullman, 318 U.S. 44 (1934).

(٣) Manoghan, Third Party Standing, 84 Columbia law Review 277, 278 n. 6 (1984).

(٤) Wrath V. Seldin' 422 U.S. 490, 499 (1975).

الخصومة الدستورية لطلبها، دل ذلك على أن مصالحهم هذه غير مهددة أو أنهم عازفون عن الدفاع عنها واستنهاض وسائل صافيتها التي تتوافر لهم بها فرص إيضاح مطالبهم بأنفسهم بوصفهم أكثر من غيرهم على بيان وجه الحق فيها<sup>(١)</sup>.

فالأصل لأن ألا يفصل قضاء للشرعية الدستورية في حقوق لم يطلبها أصحابها بأنفسهم، ولم يحرصوا على المثل أمامهم للدفاع عنها. بما يجهل بأبعادهما وبأوجه التناقض القائم بين مصالحهم ومصالح غرائهم، ويفترض كذلك في الغالبين عن الخصومة الدستورية، أنهم لا يكثرثون بإنكار الحقوق التي طلبها غيرهم لحسابهم دون تفويض منهم؛ إذ لو كان الأمر يعنيهم حقاً، لحرصوا على انتزاع حقوقهم هذه بأنفسهم من خلال خصومة دستورية يقيمونها لطلبها والدفاع عنها بالعزيمة والإصرار للكافرين.

٤٤٤- على أن قاعدة عدم جواز الدفاع في الخصومة الدستورية عن حقوق الآخرين، يرتبط تطبيقها بموجباتها. فلا تقوم هذه القاعدة بزوال مبرراتها، وإنما تخطى مكانها لصور من الاستثناء منها تصل في اتساعها إلى حد ابتلاع القاعدة ذاتها.

ويدل إيمان النظر في صور الاستثناء هذه، على أنها لا تعتبر كذلك في حقيقتها، وأنها ترتبط في واقعها بحقوق الأصلاء - لا الأعيار - في الخصومة الدستورية *The First Party Rights* لأنهم وإن ظهروا فيها وكأنهم يطلبون حقوقاً لآخرين؛ إلا أن طلبهم لهذه الحقوق من خلال الخصومة الدستورية، يكتل حقوقهم الخاصة التي يتمتعون بها وفقاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم يقبل قضاء للشرعية الدستورية كل خصومة تتوخى الدفاع على حقوق الآخرين، كما قام الدليل لديهم على أمرين:

أولهما: أن ترلخي الآخرين في الظهور أمامها للدفاع عن حقوقهم، مرده إلى عائق أو صعوبة عملية جوهرية *a genuine obstacle* منحتهم من طلبها بأنفسهم ولصالحهم. ومن ذلك أن يكون الآخر مختلاً عقلياً أو غير قادر على النفاذ إلى المحكمة أو عاجز عن تمثيل مصالحه بنفسه بناء على وجه آخر *United States v. Hays, 115 S.Ct. 2431 (1995)*.

(١) Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106, 113 - 14 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, *ibid*, p. 136; Holland v. Illinois, 493 U.S. 474 (1990).

ثانيهما: أن يكون متوقعا عقلا من المدعي في الخصومة الدستورية، أن يناضل بضراوة من أجل الدفاع عن حقوق الآخرين التي طلبها في دعواه، وأن يظهر أبعادها بما يحيط بها كي يكون خصما حقيقيا مجابها غرما يعارضون دعواه<sup>(١)</sup>.

ويدل مراجعة القضاء المقارن للحق في الدفاع عن مصالح آخرين، على قدر كبير من التردد والتخبط. ولما كان قدر هذا التردد أو التخبط في الدفاع عن حقوق الآخرين، لا زال من الأمور المسلم قضائيا بها. ومن ذلك حق المحامي الذي صدر قانون بمصادرة أسواقه الناجمة عن تعامله في المواد المخدرة، في الدفاع عن مصلحة موكله في إبطال هذه المصادرة التي يؤمن الموكل من خلاله إبطالها الأتعاب التي يدفعها لمحامي، ويكفل بذلك حق الموكل في اختيار محام يمثل في حدود تجمعهما ببعض<sup>(٢)</sup> The close attorney client relationship. وفي هذا المجال يلاحظ أن القضاة يطلبون أحيانا وجود علاقة قوية وموثوق فيها Close and confidential relationship بين من يقيم الخصومة الدستورية والآخرين الذي يمثلهم فيها. ويشترطون أحيانا أن يكون الآخرون عاجزين من كل الوجوه عن الدفاع عن مصالحهم.

ولو أن المشرع فرض عقوبة جنائية على الأشخاص الذين يوزعون للوسائل الواقية من الحمل على غير المتزوجين، فإن نفعهم عن مصالح هؤلاء في الحصول على هذه الوسائل وتوكيد حقهم في شرائها، يكون مقبولا، إذا كان المشرع قد قصر العقوبة على من يقومون بتوزيعها، وحال بذلك دون أن يوفر لغير المتزوجين إطارا ملائما للخصومة القضائية التي يستهدفون بها الدفاع على الحقوق التي تخصهم<sup>(٣)</sup>.

ولو أن قانونا فرض على من يملكون بعض الأراضي في منطقة معينة، ألا يقوموا ببيعها لمولدين وإلا كانوا مسئولين جنائيا أو مدنيا عن فعلهم، فإن اتصياهم اختيارا إلى حكم هكذا للقانون، مؤداء الإضرار بمصالحهم في بيعها إلى قطاع أعرض من المواطنين يشمل البيض والزنوج، وربما في الحصول على أسعار أعلى. ولهم بالتالي أن يخاصموا هذا القانون طلبا لحقوق المولدين في شراء هذه الأراضي، وأن يقيموا دعواهم بمخالفته للمستور على سند من

(١) Secretary of State of Maryland v. Joseph H. Munson Co., 1 nc., 467 U.S 947 (1984).

(٢) Caplin and Drysdale v. United States, 491 U.S. 617 (1989).

(٣) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 446 (1972).

إخلال القانون المطعون فيه بشرط الحماية القانونية المكلفة للمواطنين جميعهم، بما يكفل تساويهم في الحقوق عينها أمام القانون<sup>(١)</sup>.

ففي هذين الفرضين يبدو كذلك أن اللبائعين للأراضي، والموزعين للوسائل الواقفة من الحمل، مصلحة شخصية في دعوام الدستورية. ذلك أن منهم من يبيعها أو توزيعها يعتبر وأجل فرضه المشرع عليهم. فإذا تقيدوا به، كان ذلك إنكاراً لحقوقهم الشخصية في ضمان فرص أكبر للتعامل في الأشياء التي منعه المشرع من تصريفها بالعقوبة التي فرضها، والتي حال بها في أن واحد دون امتناع أسواق معاملاتهم، وعطل كذلك من خلالها، حقوق الآخرين التي كفلها الدستور<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم كان منطقياً أن ننظر إلى القيود التي فرضها المشرع على المدعى في الخصومة الدستورية ليحول دون طلبه حقوقاً لآخرين، لا من زاوية أن المدعى قد أقحم في دعواه غرباء عنها، وحل محلهم فيما هو خاص من شئونهم وإما من جهة أنه يدير سوقاً لسلع يعرضها أو يروج أعمالاً يحرص على ألا تنتقل دائرتها، فلا تكون الخصومة الدستورية في حقيقة الأمر، غير تعبير عن عزم رافعه على أن تظل الأسواق التي يديرها، أو الأعمال التي يروج لها، مفتوحة أبوابها لكل من يطرأها.

ويتحقق ذلك في صور متعددة من بينها أن البائعين للبيرة، يحرصون على الترويج لها والتمكين من أسواقها أيًا كان قدر الكحول الموجود فيها. فإذا اشترط المشرع لبيعها للذكور الأقل من ٢١ عاماً، ألا يزيد الكحول فيها عن حد معين، ولجاز شراؤها لكل أنثى تزيد سنها على ١٨ عاماً، ولو جاوز الكحول فيها هذا الحد؛ وكان المشرع قد قرن هذا الحظر بعقوبة جنائية اختصاص البائعين بها؛ كان لهؤلاء البائعين الخيار بين القبول طواعية بالقيود التي فرضها المشرع عليهم بما يعوق حصول الآخرين على حقوقهم في شراء البيرة التي يبيعها؛ وبين المنازعة في دستورية عمل المشرع لتمييزه بين المواطنين لاعتبار يتعلق بالجنس.

(١) Barrows v. Jackson, 346 U.S. 249 (1953).

(٢) See, Maness v. Meyers, 419 U.S. 449, 468 (1975).

فإذا انحاز البائعون إلى الخيار الثاني، وألقوا الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوق الآخرين الراغبين في شراؤها، كان دفاعهم عنهم، هو دفاع عن مصالحهم الشخصية في أن تظل مبيعاتهم الكلية من البيرة، على حالها، فلا تنخفض نسبتها<sup>(١)</sup>.

ومثل البائعين للبيرة مثل غيرهم ممن يعنيه الدفاع عن حقوق الآخرين في النفاذ إلى أسواقهم. ذلك أن العلاقة بين من يبيعون السلعة ومن يشترونها Vendar - Vendee Relationship، علاقة خاصة لا يجوز هدمها. وهي بذلك تعتبر استثناء من قاعدة عدم جواز الدفاع عن حقوق آخرين، مردة أن من يشترون سلعتهم هذه، لا يتوافر لديهم إطار قانوني للدفاع عن حقوقهم بالنظر إلى أن المشرع خص البائعين بالعقوبة التي فرضها. وتلك صعوبة عملية تمنعهم من أن يقيموا بأنفسهم خصومة دستورية لطلبها<sup>(٢)</sup>.

وقد تكون العلاقة بين الآخرين؛ ومن يقيمون الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوقهم؛ علاقة مهنية professional relationship. فالأطباء الذين يتعاملون في عياداتهم مع المتزوجين الذين يقصدها للحصول على الأجهزة الواقية من الحمل؛ إنما يدافعون عن حدود العلاقة الخاصة بين الرجل وزوجته بحكم العلاقة المهنية التي تربطهم بهما، فضلا عن أن توزيعهم لهذه الأجهزة على المتزوجين، يرضيهم ويوصفهم شركاء في جريمة استعمال الأجهزة الواقية من الحمل - للعقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على المتزوجين المخالفين لقانون حظر استعمالها. كذلك فإن نصبايعهم للقانون الصادر بمنعهم من التعامل في الأجهزة الواقية من الحمل التي يطالبها المتزوجون منهم، مؤداء حرمان هؤلاء من شراؤها<sup>(٣)</sup> وهو ما يناقض مصلحة البائعين لها في ترويجها. والبائعون بذلك يدافعون عن مصلحتهم الشخصية من خلال دفاعهم عن حق المتزوجين في استعمال الأجهزة الواقية من الحمل.

وقد يفرض المشرع عقوبة جنائية على الآباء الذين يمتنعون عن إلحاق أبنائهم بالتعليم العام. فإذا نازع القائمون على شؤون التعليم الخاص في دستورية هذه العقوبة لمخالفاتها لشرط الوسائل

(١) Craig v. Boren 429 U.S. 190 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, ibid, p. 138.

(٣) Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965).

القانونية المليمية في جوانبه الموضوعية، فإنهم بذلك يدافعون عن حق هؤلاء الأباء في إلحاق أبنائهم بالتعليم الخاص.

ذلك أن العقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على الآباء الذين يلحقون أبنائهم بالتعليم الخاص، لا يقتصر ضررها عليهم. وإنما يمتد هذا الضرر إلى القائمين على شؤون التعليم الخاص -الذين تحملهم العقوبة التي فرضها المشرع على الآباء، والتي منحتهم بها من إلحاق أبنائهم بالتعليم الخاص- على غلق مدارسهم بعد أن أعرض الآباء عن إلحاق أبنائهم بها، فلا يكون إغلاقها إلا ضرراً يتفرع بالضرورة عن العقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على الآباء Derivative Injury. ومن ثم تقوم مصلحة المسؤولين عن التعليم الخاص في الطعن على هذه العقوبة وذلك لأمرين:

أولهما: أن الآباء قد يكونون عازفين عن مهاجمتها أو لا يملكون الوسائل التي ينازعون بها في دستوريته. ثانيهما: أن الآباء حتى لو صح عزمهم على مخاصمة هذه العقوبة، فلن يجدوا أمامهم غير مدارس لا حياة فيها، مغلقة أبوابها، بعد أن هجرها الطلبة الذين اضطرم المشرع إلى الالتحاق بالتعليم العام<sup>(١)</sup>.

وفي هذه الصورة لا يقوم الاستثناء من قاعدة عدم جواز الدفاع عن مصالح آخرين، على مفهوم العلاقة الخاصة بين من يبيعون السلعة وعملاتهم، ولا بين من يقدمون الخدمة المهنية ومن يطلبونها، ولا لأن المشرع واجه المدعى في الخصومة الدستورية بالعقوبة التي فرضها على الآخرين، وإنما لأن فرضها على الآخرين يلحق به ضرراً إذا قبل هؤلاء الامتثال لها. فلا يكون ما أصابه من ضرر من جراء فرضها، غير ضرر مشتق من المضار التي سببها النص العقابي لهؤلاء الآخرين، وألناجمة عن ولجب فرضه المشرع عليهم والزمهم بتنفيذه.

ومن ثم تتداخل مصالحهم مع مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية، لتقوم بهذا التداخل علاقة السببية بين الضرر المشتق مما أصاب الآخرين من أضرار من جهة، وبين الحقوق التي منعمهم المشرع من طلبها بالمخالفة للدستور من جهة ثانية.

(١) Pierce v. Society of Sisters 268 U.S. 510 (1925).

ويستحيل بالتالي أن تحال جهة الرقابة على الدستورية حقيقة ونطاق مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية التي أقامها للدفاع عن حقوق الآخرين، بغير الرجوع إلى طبيعة هذه الحقوق، وصلة المدعى في الخصومة الدستورية بها، وحدود قدرته في النضال من أجلها.

والحق أنه حتى في هذا الفرض، فإن المدعى في تلك الخصومة، إنما يناضل من أجل الدفاع عن حقوقه هو. ذلك أن ما نؤخاه هو إبطال قيود فرضها المشرع على آخرين لمنعهم من الاتصال به، فلا يكون نفاذه إلى حقوقهم، إلا كإفلاص مصلحة الشخصية في ضمان اتصاله هؤلاء الآخرين.

وفي اعتقادنا فإن كل صلة لها أساسها مهنية أو حرفية أو غير ذلك من صور العلائق التي تربط المدعى في الخصومة الدستورية بالآخرين - لا يتحقق بها معنى الغيرية في مجال الخصومة الدستورية. ذلك أن الغيرية بمعناها الحقيقي، ينفيها أن يكون المدعى في الخصومة الدستورية، قد أضرير فعلاً من جراء إخلال المشرع بالحقوق التي حجبها عن الآخرين، ولو كان هؤلاء الآخرون يفتقرون إلى الموارد التي يعتمدون عليها في النضال من أجل صون مصالحهم، أو يترددون في ولوج الطريق القضائي لضمانها<sup>(١)</sup>.

٤٤٥- وما يقره القضاء المقارن من أن الحقوق التي يطلبها المدعى في الخصومة الدستورية، لا يجوز أن تكون واقعة في غير منطقة المصالح التي يكفلها الدستور أو المشرع؛ هو تعبير آخر عن أن هذه الحقوق يملكها آخرون غير ممثلين في الخصومة الدستورية. ولو أنهم طلبوها، لكانت مصالحهم في اقتضاياتها من نوع المصالح للقانونية التي يؤمنها الدستور أو المشرع. وهو ما يثير بالضرورة البحث فيما إذا كان المدعى في الخصومة الدستورية - وعلى ضوء ظروفها - يملك من زاوية دستورية تمثيل هؤلاء الغائبين في مصالحهم.

وقد يقلص المشرع من المزايا المالية التي يمنحها للمرأة التي تريد إجهاض نفسها إذا لم تقم بعملية الإجهاض هذه في عيادة طبية. وهو ما ينعكس سلباً على أجور الأطباء الذين يقومون بعملية الإجهاض، ولو كان المشرع لم يمنعهم من إجرائها حتى بعد صدور هذا القانون. فإذا لجأ هؤلاء الأطباء إلى جهة الرقابة على الدستورية للطعن في دستورية ذلك القانون، فإنهم بذلك يدافعون عن أعوزتهم الوسائل لإجراء الإجهاض. ويظل للأطباء الحق في الخصومة الدستورية،

(١) Loureance H. Tribe, I bid, p 140.

ولو كانت المرأة الساعية لإجهاض نفسها، لا تريد الإعلان عن شخصيتها خوفاً من أهلها أو حفاظاً على سمعتها في مواجهة المحيطين بها، أو لتجنبها من فصلها في دائرة عملها<sup>(١)</sup>.

وفي هذا الفرض، فإن المصلحة التي يحميها الأطباء، هي في حقيقتها مقررة لغيرهم بما يقيمها محل مصالحهم في الاعتراض على النقص في دخولهم<sup>(٢)</sup> (A Surrogate Standing).

ولئن كان ما تقدم موداه، أن الأصل هو ألا دعوى بلا مصلحة، إلا أن هذه القاعدة سواء في أصلها أو في صور الخروج عليها للتهوين من حثتها- لا يقتضيها الدستور، ولا تستتبعها كذلك آراء لقضاة يريدون فرضها بما يجاوز حدود الوظيفة القضائية التي لا تجوز ممارستها بصورة لا تعقل فيها.

ولئن قيل بأن شرط المصلحة الشخصية المباشرة؛ لا يؤثر بالضرورة إشكالية فصل السلطة القضائية عن السلطتين الأخريين، وأن هذه الإشكالية تطرح نفسها بالقوة ذاتها- عند الفصل في المسائل الدستورية؛ إلا أن من المحقق أن الرقابة على الدستورية لا يجوز أن تتحول إلى رقابة بلا حدود، بل يتعين ضبطها في إطار منطقي يقطعها عملاً وسيلة ملائمة لصون الشرعية الدستورية، وتسليط قيمها على عوائقها<sup>(٣)</sup>.

#### المطلب الرابع

##### مصلحة المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع

٤٤٦- ثمة أحوال يظهر المتقاضى فيها باعتباره مناضلاً عن حقوق آخرين على تقدير أن له دوراً خاصاً في مجال تمثيلها، أكثر من كونه مدافعاً عن حقوقه هو؛ أو بوصفه مناضلاً عن حقوق آخرين بالإضافة إلى حقوقه هو. وأكثر ما يتحقق ذلك في المنظمة أو الجمعية التي تقوم بدورها الدستورية للدفاع عن مصالح نظامية Institutional interests تنطلق بتحقيق أهدافها في مجال ضمانها مصالح أعضائها.

(١) Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106 (1976).

(٢) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 446 (1972).

(٣) Flast v. Cohen, 392 U.S. 83, 102 (1968).

والولاية الدفاع عن سيادتها وعن حقوق الملكية التي تخصها. وكذلك الدفاع عن مصالح مواطنيها ولصالحهم.

والمشروعون يدافعون إما عن واجباتهم الوظيفية التي تصون مصالحهم في مباشرتهم لامتيازاتهم؛ وإما عن المصالح الأعرض للناخبين الذين يمثلونهم.

وفي كل من هذه الفروض، يتعلق السؤال الأهم بتحديد الصفة التي تقوم بسببها المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع، دعواها الدستورية.

#### أولاً: مصلحة الجمعية أو المنظمة

٤٤٧- في الفروض السابقة جميعها، فإن الصفة التي ظهر بها المدعى في الخصومة الدستورية، هي التي ينبغي التركيز عليها.

فالجمعية أو المنظمة التي تقوم دعواها بقصد الدفاع عن مصالحها الخاصة، تتقيد بالضوابط العامة التي تقتضيها جهة الرقابة على الدستورية في مجال تطبيقها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة، بالنسبة إليها<sup>(١)</sup>.

فإذا كان ظهور الجمعية أو المنظمة في الخصومة الدستورية بقصد الدفاع عن مصالح أعضائها، فإن مصلحتها تتوافق The organizational and associational standing بشرط أن تكون الحقوق التي تطالبها لمصلحة أعضائها هي ذاتها التي يجوز لهم طلبها لأنفسهم، وأن يكون مصالح أعضائها لها صلة وثيقة بالأغراض التي تقوم الجمعية أو المنظمة عليها، وألا تكون حضور أعضائها في الخصومة التي تقيمها للدفاع عن مصالحهم، لازماً سواء في مجال طلبها أو الحصول على الترضية القضائية التي تتعلق بها<sup>(٢)</sup>.

فالمنظمة التي يكون الغرض من إنشائها دعم صناعة التفاح وتشجيعها في الولاية التي يوجد بها مقر المنظمة، يجوز لها الدفاع عن مصالح أعضائها الذين يزرعون أو يتجرون فيه، وذلك

(١) Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Org., 426 U.S. 26, 40 (1976).

(٢) Hunt v. Washington states Apple Advertising commission, 432 U.S. 333 (1977);  
Havenes Realty car v. Coleman, 455 U.S. 363 (1982).

من خلال الطعن في القيود التي تفرضها ولاية أخرى على تسويقها، بما يحتمل التجارة بين هاتين الولايتين بأعباء لا يأذن الدستور بها<sup>(١)</sup> Interstate - Commerce.

ولعل أكثر الشروط أهمية في مجال دفاع المنظمة أو الجمعية عن مصالح أعضائها، هو ما إذا كان تدخلهم شخصيا في الخصومة التي تمثل المنظمة أو الجمعية مصالحهم فيها، لازم لاقتضاء حقوقهم، والحصول على الترضية القضائية المتعلقة بها.

ذلك أن مجرد ظهور الجمعية أو المنظمة في الخصومة الدستورية، لا يدل بالضرورة على تمثيلها مصالح أعضائها بصورة ملائمة. ويتعين بالتالي أن تكون صفاتها فسي تمثيلهم موقوفة بدرجة كبيرة على طبيعة الترضية القضائية التي تطلبها من أجلهم. فإذا كان ما تتوخاه من دعاها هو الحصول على حقوق مالية تخص أعضائها لتعويضهم عن أضرار أصابتهم، فإن تدخلهم في الخصومة الدستورية يكون لازما. وكذلك كلما كان نوع الضرر متصلا بهم. ذلك أن واقعة إضرار النصوص المطعون عليها بأعضائها، ونطاق هذه الأضرار، تقتضي تدخلهم بصورة فردية Individualized proof لإثباتها.

كذلك يشترط قضاء الشرعية الدستورية تدخل أعضاء الجمعية أو المنظمة بأنفسهم كلما كان تصادم مصالحها ومصلحتهم، واقعا داخل المنظمة أو الجمعية ذاتها، أو كان حضورهم مطلوبا في الخصومة لإيضاح بعض واقعاتها<sup>(٢)</sup>.

#### ثانيا: مصلحة الولاية

٤٤٨- وللولاية في نطاق التنظيم الفيدرالي، أن تؤمن نفسها في مواجهة الأضرار التي تنال من مصالحها. فمثل هذه الأضرار تخصها هي استقلالا عن مواطنيها. وفي هذه الحالة تتحدد مصلحتها المباشرة وفق القواعد ذاتها التي يطبقها قضاء الشرعية الدستورية في مجال أعمال هذا الشرط<sup>(٣)</sup> ومصلحتها الشخصية هذه متنوعة في طبيعتها، ويندرج تحتها:

(١) Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission, 432 U.S. 333, (1977).

(٢) Harris v. McRae, 448 U.S. 297, (1980).

(٣) Watt v. Energ Action, 454 U.S. 151 (1981).

١. الحق في تأمين سيادتها على الأفراد جميعهم، وكذلك على كل كيان يكون واقفاً في نطاق إقليمها.

٢. الحق في إقرار تشريعاتها المدنية والجنائية، وتنفيذها في مواجهة المخاطبين بها المقيمين في نطاق إقليمها.

٣. الحق في ألا تتزعزع أية ولاية في حقوقها السيادية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحدود التي تفصل إقليم الولاية عن غيره من الأقاليم.

٤. الحق في حرمة الأموال التي تملكها والدفاع عنها، وأن ترد العدوان عليها، شأنها في ذلك شأن دفاع الأفراد عن ملكيتهم.

٥. الحق في مقاضاة أية ولاية عن الأعمال الضارة التي تصدر منها قبلها، أو من أشخاص موجودين في إقليمها. كفرض ولاية أعباء مالية على الفائز المصدر منها لولاية أخرى بما يزيد من تكلفة شرائه، ويقيد التبادل غير المعاق للتجارة بين هاتين الولايتين؛ وكإخلال ولاية في مواجهة غيرها بالقوانين التمييزية التي تخول كل ولاية السلطة الكاملة لاستغلال ثرواتها الطبيعية.

٤٤٩- وللولاية فضلاً عما تقدم، الدفاع عن مصالح مواطنيها، بوصفهم أفراد من عائلتها *Parens Patriae* <sup>(١)</sup> سواء كان ذلك لحماية رعايتهم اقتصادياً كحماية بيئتهم مما يؤذيها <sup>(٢)</sup> أو لحماية رعايتهم العام في مواجهة أعمال تصدر عن ولاية أخرى أو عن أشخاص خاصين <sup>(٣)</sup> ويفترض ذلك أن تتوافر لمصالح مواطنيها درجة كافية من الوضوح تؤول للقول بقيام نزاع حقيقي بينها وبين المدعى عليه في الخصومة الدستورية.

<sup>(١)</sup> ويلاحظ أن مصلحة الولاية في الدفاع عن مصالح مواطنيها كفرد في عائلتها، لا يجوز التمسك بها في مواجهة الحكومة التمييزية.

*Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923).

<sup>(٢)</sup> *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907).

<sup>(٣)</sup> *Alfred L. Snapp and Son v. Puerto Rico exrel, Barez*, 458 U.S. 592 (1982).

ويندرج في إطار هذا النوع من المصالح، مصلحتها في تأمين مواطنيها بوجه عام في مواجهة المخاطر التي تضر بصحتهم أو تتل من رعايتهم العام. ولا يكفي في هذا المقام مجرد تحقق ضرر لمجموع محدد من المواطنين في إقليمها. وإنما يتعين أن يكون الضرر من نوع الأضرار التي تواجهها الولاية - في الأرجح - بشريعتها، بقصد تسويتها.

وللولاية أن تقيم دعاوها للحصول على تعويض أو تسوية منصفة من جراء أضرار أحدثتها لمواطنيها ولاية غيرها من خلال إغراقها حقوقهم بمياه الفيضان الناجمة عن تحويلها لنهر بها<sup>(١)</sup>. شأن هذا العمل شأن من يلوئون بينتها بعمل يصدر عنهم في ولاية غيرها<sup>(٢)</sup>.

ولكل ولاية كذلك مصلحة شبه سيادية، في إنهاء كل تمييز يخل بكيانها ومركزها القانوني داخل النظام الفيدرالي، بما يحول دون حصول مواطنيها على نصيبهم العادل في المزايا التي يفترض أن تنتفع إليها كنتيجة لإسهامها في النظام الفيدرالي<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان للولاية الدفاع عن مصالح مواطنيها فيما يتعلق بصحتهم وراحتهم ورعايتهم بوصفها ربا لمائلة تضمهم *Parens Patriae*، إلا أنها لا تمثلهم في مجال الدفاع عن حقوقهم قبل السلطة الاتحادية، ولا تحل محطهم في اقتضائاتها<sup>(٤)</sup>.

ويظل ثابتاً للولاية الدفاع عن حقوقها قبل السلطة الفيدرالية، ويندرج تحتها أن تنازع فيسي دستورية قانون فيدرالي أهدر اختصاصها في مجال تحديد شروط مباشرة مواطنيها لحقوقهم الميسية في إقليمها.

#### ثالثاً: مصلحة المشرع

٤٥٠- وفيما يتعلق بالسلطة التشريعية، يجوز أن يقاضيه أحد أعضائها عن طرده منها بالمخالفة للدستور، ولن يحصل على كل مكافأة حرم منها خلال مدة طرده<sup>(٥)</sup>. ولا كذلك أن يقيم

(١) North Dakota v. Minnesota, 263 U.S. 365 (1923).

(٢) Georgia v. Tennessee Copper Co., 206 U.S. 230 (1907).

(٣) Alfred L. Snapp and Son, Inc v. Puerto Rico, 458 U.S. 592, 607 - (1982).

(٤) Massachusetts v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

(٥) Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969).

المشرعون الخصومة الدستورية بوصفهم ممثلين لهيئة الناخبين في الدفاع عن سلطاتهم التشريعية في مواجهة كل إخلال بها. ذلك أن مثل هذه الخصومة هي في حقيقتها دفاع عن مصالح آخرين.

وقد تتدخل السلطة التنفيذية لحрман السلطة التشريعية من امتياز مقرر لها وفقاً للدستور، كامتيازها في تعديل الدستور وفق القواعد المنصوص عليها فيه؛ وامتيازها في إقرار معاهدة دولية بعد الدخول فيها وكشرط للتصديق عليها. وقد تمتعها من عقد جلساتها؛ أو تترأخى في دعوتها إلى الانعقاد في المواعيد التي نص عليها الدستور؛ أو تصدر قراراً بطلها في غير الأحوال التي حددها؛ أو تحول دون إيداء أعضائها لأرائهم في لجانها، أو أثناء عقد جلساتها. ففي هذه الفروض جميعها يجوز للسلطة التشريعية أن تجحد مشروعية الأعمال القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية بالمخالفة للدستور، بشرط أن يكون بإمكان السلطة التشريعية تعيين المضار التي لحقتها السلطة التنفيذية بها؛ وألا يكون بوسعها أن تزيل آثارها بإجراء من جانبها؛ وأن تكون للترضية القضائية التي تقدمها للسلطة التشريعية جهة الرقابة على الدستورية، ملائمة في محتواها لإنهاء الأضرار التي سببتها السلطة التنفيذية لها.

فلا يحول دون الحصول على هذه الترضية أن يُنظر إلى النزاع بين هاتين السلطتين باعتباره من طبيعة سياسية.

ذلك أن من غير المقبول أن تخرج السلطة التنفيذية عن حدود ولايتها التي رسمها الدستور لها بغير ترضية قضائية تُعينها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لمواجهة آثاره<sup>(١)</sup>.

خاصة وأن تدخل السلطة التنفيذية في العملية التشريعية، يقوض بنيانها، ويهدد ولاية السلطة التشريعية وواجبها في الإصرار على ممارستها على الوجه المنصوص عليه في الدستور<sup>(٢)</sup>. شأنها في ذلك، شأن كل فرد يضار من عمل صدر عن السلطة التنفيذية ليعطل جانباً من حقوقه التي كفلها الدستور. ولا كذلك ما يصدر عن السلطة التنفيذية من أعمال تدخل بالعملية التشريعية بطريق غير مباشر. ومن ذلك ألا تقدم السلطة التنفيذية إلى السلطة التشريعية ما لديها من

(١) Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996, 997, 1001 (1979).

(٢) فالجواب الذي بطلها رئيس الجمهورية بغير موافقة البرلمان لها مخاطرها على عمله سواء من جهة توجيه الاتهام إلى رئيس الجمهورية Impeachment أو من ناحية رصد اعتمادات لهذه الحرب بغير مسوغ.

معلومات قد تعاونها في العملية التشريعية التي تتولاها<sup>(١)</sup>. وليس السلطة التشريعية كذلك أن تختصم السلطة التنفيذية أولاً منها بأنها لم تقم بتنفيذ القوانين التي أقرتها بصورة ملائمة؛ ولا أن تتازع في دستورية قانون ووفق عليه وفقاً للدستور. ذلك أن مصلحتها في القروض السابقة، يُعذر تمييزها أو فصلها عن عموم مصلحة المواطنين منظوراً إليهم في مجموعهم.

---

(١) Harrington v. Bush, 553 F.2d190 (D.C.Cir. 1977).

### المبحث الثاني عشر

#### امتناع الفصل في خصومة لا تأثير مسائل دستورية

٤٥١- لا تأثير للخصومة الدستورية، غير للتعارض المدعى به بين نص قانوني وقاعدة في الدستور. فإذا كانت المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية متعلقة بالتعارض بين تشريعين من ذات المرتبة؛ أو بين تشريعين يختلفان في مرتبتهما؛ وكان كلاهما دون الدستور قدراً؛ فإن الفصل في هذه الخصومة لا يدخل في ولاية المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز لها الفصل في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور قبل التحقق من اختصاصها ولائها بنظرها؛ ثم تفتتها من اتصالها بالخصومة -التي تطرح دستورية هذه النصوص- وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها<sup>(١)</sup>.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا، أن رقابتها على الشرعية الدستورية، لا شأن لها بالتناقض بين تشريعين من مرتبتين مختلفتين؛ أو بين تشريعين جمعتهم درجة واحدة في مجال تخرج القواعد القانونية، ولا بالتعارض بين نصين واردين في قانون واحد، أو في لائحة واحدة<sup>(٢)</sup>.

كذلك لا تأثير للخصومة مسائل دستورية، إذا كان قوامها تعارض النصوص القانونية المطعون عليها، مع وثيقة لا يحيل الدستور إليها ويجعلها جزءاً من أحكامها؛ ولو كانت هذه الوثيقة إعلاناً للحقوق. وليس بشرط اعتبار الوثيقة جزءاً من الدستور، أن يكون إقرارها قد تم وفق القواعد ذاتها التي التزمها الدستور في مجال إقراره. وإنما يكفي أن يحيل الدستور إليها ويمجها فيه حتى تصير جزءاً من قواعده. فإذا لم تلحق الوثيقة بالدستور، جاز تعديلها وفق القواعد ذاتها التي يقر بها البرلمان القوانين التي يوافق عليها.

وقد لا يحيل الدستور إلى الوثيقة المنفصلة عن قواعده، وتظل لها مع ذلك قوة الدستور إذا كانت السلطة التي أصدرتها، قد سلطتها به في القوة والأثر.

(١) "دستورية عليا" -ال قضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية- قاعدة رقم ١٣ -جلسة ١٢/٢/١٤٩٥- ص ٢٢٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" -ال قضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية- قاعدة رقم ٤٧ -جلسة ١٥ يوليو ١٩٩٦- ص ٧١٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

٤٥٢- وفي الدول الفيدرالية، يكون للاتحاد دستور خاص. ولكل ولاية كذلك دستورها المحلي وسلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية في نطاق إقليمها. وعليها جميعاً أن تتقيد في تشريعاتها وتصرفاتها بدستور الاتحاد، وإلا جاز الطعن عليها بمخالفتها لتوابعه، ولو كان دستورها المحلي يجيزها، أو لا يعارضها. وشرط ذلك بطبيعة الحال، أن يظل الاتحاد قائماً، فإذا انقرض عقد الاتحاد كلية، أو تقلص عدد ولاياته، فإن كل ولاية تخرج من الاتحاد، لا تسري عليها تنظيماته جميعها، ولكنها تستقل بكيانها، ويتصرفها لشؤونها.

٤٥٣- وقد كانت مصر طرفاً في اتفاق ضمها مع كل من الجمهورية العربية السورية والجمهورية العربية الليبية بقصد تكوين اتحاد ينظم بتنظيماته على كامل أقاليمها، باعتباره نواة لوحدة عربية أشمل، وقاعدة لدعم قدراتها على تكوين جبهة أساسية تتفاعل فيما بينها، وتزيل الحواجز والفوارق الإقليمية التي تعوق حركتها.

ولم يصمد ذلك الاتحاد بعد إنهاء مصر لعضويتها فيه، وانسحابها من مؤسسات جميعها بما فيها سلطته التشريعية. وتم ذلك بقانون<sup>(١)</sup>.

وقد أقام عضو في هذه السلطة خصومة دستورية طلب إلزام المدعي عليها، بأن يعرضه عن زوال عضويته بها، وكذلك عن كلفة المزاي المالية التي كان يمكن أن يحصل عليها لو ظل الاتحاد قائماً، وبقي هو عضواً في السلطة التشريعية الاتحادية. وقد أسس المدعي دعواه على أن الاتفاق على تكوين الاتحاد فيما بين الدول الثلاث المشار إليها، ينحل إلى معاهدة دولية، وأن إنهاء مصر لعضويتها في الاتحاد بقانون صدر عنها، ينقض التزاماتها الأساسية فيه، والتي تمنعها من الانسحاب بإرادتها المنفردة.

وقد قضى في هذه الخصومة بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظرها. وذلك تأسيساً على ما يأتي:

(١) كانت هذه السلطة تسمى مجلس الأمة الاتحادي. وقد انسحبت مصر من الاتحاد بمقتضى القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٤- وهو القانون الذي طعن بعدم دستوريته.

أولاً: أن نصوص دستور جمهورية مصر العربية لا يجوز تطبيقها في غير نطاق إقليمها؛ وأن القواعد الأساسية لهذا الاتحاد تظل لها ذاتيتها، ولو كان لها خصائص القواعد الدستورية وملامحها، بل ولو أقرتها الجماهير في استفتاء عام. ويتعين بالتالي فصل هذه القواعد عن دستور جمهورية مصر العربية.

ثانياً: أن اتحاد وثيقتين في طريقة إصدارهما، أو انطوائهما معا على قواعد دستورية بطبيعتها، لا يدمجها في بعض، ولا يحيلها إلى وثيقة واحدة تتفرق أجزاؤها، كلما كان لكل منها إقليم يطلق به نطق تطبيقها؛ وكان لكل من هاتين الوثيقتين أهدافها التي تمتثل بها. فضلا عن صدورهما عن سلطتين تأسيسيتين مختلفتين، وتعلق إحداهما بدولة مركبة هي دولة الاتحاد، وأخرهما بدولة بسيطة هي مصر بما يعكس لزوما على جوهر الأحكام التي احتوتها كل منهما.

ثالثاً: أن انسحاب مصر من معاهدة دولية تكون طرفاً فيها، مؤده التخلي عن أحكامها في مجموعها، فلا يكون لانسحابها منها إجراء موقفاً لنفاذها قبلها، ولا هو تعديل لبعض أحكامها، بل إنهاء لوجودها في علاقتها بها. ذلك أن الانسحاب سرياً اعتبره تصرفاً قانونياً يصدر عن إحدى الدول بآرائها المنفردة لنوع تقديرها - يظل واقفاً في إطار إدارتها لشؤونها الخارجية، ومنطوقاً على تحديد نطاق روابطها بغيرها من الدول، فلا يؤثر تطلها من معاهدة أبرمتها معها غير مسئوليتها الدولية عند قيام موجبها. وإن كان رؤساء كل من مصر وسوريا وليبيا قد عهدوا إلى لجنة ثلاثية بوضع مشروع دستور لتنظيم الاتحاد في إطار من الأحكام الأساسية التي اتفقوا عليها، فإن زوال معاهدة تكوين الاتحاد في علاقة مصر بكل من سوريا وليبيا، يذل بالضرورة على سقوط ذلك الدستور في نطاق روابطها بهاتين الدولتين<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية - "دستورية" - قاعدة رقم ٢٩ - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - ص ٥٠٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### المبحث الثالث عشر

#### امتناع مخاصمة النصوص القانونية التي

#### أفاد الطاعن من مزايها

٤٥٤- من المقرر في القضاء المقارن<sup>(١)</sup>، وفي قضاء المحكمة الدستورية العليا<sup>(٢)</sup> أن الذين يحصلون من قانون على مزايا يقولونها، لا يجوز لهم الطعن في دستورية هذا القانون<sup>(٣)</sup>. وينظر القضاء المقارن إلى هذه القاعدة بوصفها مبدأً أولياً Axiomatic في مفاهيم قضاء الشرعية الدستورية الذين يرون أن الذين يستبقون لأنفسهم مزايا وفرها لهم المشرع من خلال قانون، لا يستطيعون الطعن بعدم دستورية نص فيه. ذلك أن المزايا التي يفيدون منها، يستحيل توفيق حصولهم عليها مع إنكارهم دستورية القانون الذي كفلها<sup>(٤)</sup>.

One cannot in the same proceedings, both assail a statute and rely upon it. Nor can one who avails himself of the benefits of a statute, deny its validity.

ولا يجوز لهم بالتالي أو حصلوا على ترخيص بمزولة عمل ما وفق قانون معين، إنكار دستورية القانون المرخص لهم بمباشرة هذا العمل.

٤٥٥- بيد أن هذه القاعدة تثير شكوكاً خطيرة حول منطقيتها وعدالتها. ذلك أن المخاطبين بالنصوص القانونية -كذلك التي تمنحهم ترخيصاً بمزولة مهنة أو عمل بشروط معينة- يضطرون إلى توفيق أوضاعهم معها حتى لا يحرّموا من العمل بما يضر بحقه في الحياة وحتى لا تصيبهم هذه النصوص بحقوقها التي تفرضها عليهم كجزاء على عدم التزامهم بأحكامها. فلا يكون أمامهم من خيار غير التقيد بتلك النصوص التي يؤمنون بمخالفتها للدستور.

(١) Ashwander v. Tennessee Valley Authority 297 U.S. 288 (1936).

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ١٤ سنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٧ ص ٧٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية.

(٣) Wilkes v. Dinsman (1849, U.S. 7 How 89; Wall v. Parrott Silver and Copper Co. 244 U.S. 407 (1917).

(٤) Buck v. Kuykendall, 267 U.S. 307 (1925).

ويستحيل بالتالي النظر إلى الشروط التي علق المشرع عليها مباشرة الحق - كالحق في العمل - باعتبار أن الخضوع لها، مؤداه التسليم بها. ذلك أن خضوعهم للقانون أمر لا خيار لهم فيه. فإذا جدد هذا القانون حقاً مكفولاً لهم بنص في الدستور، جاز لهم إنكار دستوريته، وعلى الأخص إذا كان ذلك القانون يضر بهم في مجموع أحكامه، ولو كانوا قد حصلوا قبل الطعن عليه على بعض مزاياه التي لا تتكافأ قيمتها مع الأضرار التي أصابهم ذلك القانون بها.

ويتعين بالتالي للقول بعدم جواز الطعن في قانون أفاد الطاعن من مزاياه، أن يكون تلقى الطاعن للميزة التي كفلها هذا القانون، عملاً إرادياً صرفاً، ووثيقاً بقبول ذلك القانون في جملة أحكامه. ذلك أن الميزة الموافقة للدستور تقتضي أمرين:

أولهما: أن يكون الطاعن قد تلقاها باختياره. ثانيهما: أن يتوافر في هذه الميزة شرط التخصص Specificity. وهو شرط يحتم حصرها في الدائرة الضيقة التي تعمل فيها، فلا تجهض غيرها من الحقوق التي لا صلة لها بها<sup>(١)</sup> ولا كذلك النصوص القانونية المتشابهة التي يتعين أن يؤخذ بها في جملتها، والتي يتعدى فصل بعض أجزائها عن باقيها. ذلك أن هذه النصوص تؤخذ متكاملة، فلا يجوز فصل بعض أجزائها عن بعض بالنظر إلى ما بينها من ترابط. فإذا وفر النص للمطعون فيه ميزة للطاعن لا شأن لها بباقي نصوص القانون، فإن انفرداها بذاتيتها لا يجوز الطعن فيها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن النص المطعون فيه لا خول كل ذي شأن حق المنازعة في تحديد قيمة الأموال المشمولة بالحراسة وقيمة التعويض المستحق عنها خلال مستين يوماً من تاريخ علمه أو إخطاره على يد محضر بهذا التحديد وقيمة التعويض، فإن هذا الحكم يتحضر لمصلحة المدعين، ولا يتصور أن يكون قد أضر بهم. وليس لأحد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يطعن على نص تشريعي يكون قد أفاد من مزاياه<sup>(٢)</sup>.

(١) قل أن تشريعاً ضريبياً رفع حد الإعفاء من الأعباء المالية، فإن قبول الطاعن لهذه الميزة وإن منعه من الطعن عليها بعد أن أقرضاها، إلا أن هذا القول لا يسقط حقه في الطعن على ما تضمنه قانون الضريبة من أحكام أخرى.

(٢) القضية رقم ٥٥ لسنة ٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/٩/٥ ص ٢٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

### المبحث الرابع عشر

#### امتناع الفصل في خصومة نزل رافعها عن الحقوق التي يطلبها فيها

٤٥٦- النزول عن الحقوق إسقاط لها. وشرط ذلك توافر الدلائل على إرادة التخلي عنها، فلا يبقى لها من وجود بعد زوالها. فإذا نزل المدعى في الخصومة الدستورية عن الحقوق التي يطلبها، والتي تتعلق بها الترضية القضائية التي تستحقها؛ فإن هذا النزول يجرّد دعواه من كل فائدة كان يترتبها منها، فلا يكون ثمة محل تنطبق به الترضية القضائية التي ما أقام دعواه إلا بقصد الحصول عليها؛ وذلك سواء كان النزول عن هذه الحقوق صريحاً أم ضمناً، متخذاً سلوكاً أو تصرفاً قانونياً؛ وسواء تحقق هذا النزول بالقضاء ميماد حده المشرع لاقتضاء الحق<sup>(١)</sup>، أم كان هذا النزول عملاً إرادياً.

وقد يتعلق النزول بأحد الحقوق التي كفلها الدستور، كالنزول عن الحق في المنول أمام محلفين<sup>(٢)</sup>، أو عن الحق في الحصول على مشورة محام<sup>(٣)</sup>؛ أو عن الحق في ألا يحمل الشخص على الإدلاء بأقوال يقوم بها الدليل على ارتكابه لجريمة بذاتها<sup>(٤)</sup>. وكذلك النزول عن الحق في ألا يحاكم غلانية<sup>(٥)</sup>، وفي ألا يقبض عليه دون أمر قضائي وبناء على تحقيق<sup>(٦)</sup>.

وإذا كان النزول عن الحقوق جميعها - بما في ذلك تلك التي كفلها الدستور - لا يفترض، فقد تعين للقول بنزول المدعى في الخصومة الدستورية، عن الحقوق التي يطلبها فيها، أن يكون ذا صفة في اقتضاها، ثم تخلى عنها بعد أن علم علماً يقينياً - لا فرضياً أو حكماً - بحقيقتها وأبعادها. فإذا كانت الحقوق المدعى نزوله عنها من الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور لكل مواطن، فإن القضاء المقارن - وفي الدول الفيدرالية على الأخص - يستهض كل قرينة تناقض هذا النزول. ذلك أن الحقوق التي يكتفلها الدستور الفيدرالي لكافة المواطنين تعتبر من المسائل الفيدرالية التي يعود اتخاذ القرار النهائي بشأنها إلى المحاكم الفيدرالية، التي يتعين عليها أن تقرر ما إذا كان

(١) Yakus v. United States 321 U.S. 414, 444 (1944).

(٢) Brookhart v. Janis, 384 U.S. 1, (1966).

(٣) Johnson v. Zerbst 304 U.S. 458 (1938).

(٤) Escobedo v. Illinois 378, U.S. 478 (1964).

(٥) Singer v. United States 380 U.S. 24 (1965).

(٦) Zap v. United States 328 U.S. 624 (1946).

إخفاق المدعى في الخصومة الدستورية في اللجوء إلى الوسائل الإجرائية التي كفلها قانون الولاية للحصول على الحماية التي يطلبها للحقوق التي يدعيها، يأخذ حكم النزول عنها<sup>(١)</sup>.

٤٥٧- وفي مصر، تقبل المحكمة الدستورية العليا تخطي المدعى عن الخصومة الدستورية التي رفعها، كلما جاز في القانون اعتباره تاركاً لها. فإذا نزل عن الحقوق موضوعها، فإن هذا النزول لا يعنيها، إذ الشأن في إثباته لمحكمة الموضوع.

وفي الأعم من الأحوال لا يعود المدعى إلى هذه الخصومة بعد تركها؛ وإن جاز دائماً أن يرفعها من جديد أمام المحكمة الدستورية العليا وفق القواعد المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها.

وفي هذا المقام يتعين التمييز بين ترك الدعوى والنزول عن الحق المتنازع عليه فيها. ذلك أن ترك الدعوى موداه عدم موالة نظرها، ولتقطاع صلة المدعى بها. ولكن هذا الانقطاع لا يحول دون رفعها من جديد طلباً للحقوق ذاتها التي كانت تنور حولها دعواه الأولى ما لم تتقادم. ولا كذلك أن يسقط المدعى في هذه الخصومة الحقوق موضوعها، لأنه يزيلها بتخليه عنها. فعلاً إذا عرّض مثل هذا النزول عن المحكمة الدستورية العليا، فإن تحققها من جوازها لا يدخل في ولايتها. فإذا نزل عن الحق في دعواه الدستورية، وجب عليها ألا تقبل هذا النزول إلا إذا بان لها بدلول قطعي استيفاءه لتسوية شاملة لهذا الحق تكفلها له السلطة التي جحدته، لتحل هذه التسوية الاتفاقية محل لتراضية القضائية.

فإن لم تكن ثمة تسوية من هذا القبيل -وموضوعها بالضرورة حقوق من طبيعة مالية- فإن مضيقها في نظر الخصومة الدستورية يكون واجباً. فالحق في التعويض عن التأميم أو عن نزع الملكية، وكذلك رد الأموال المصادرة إلى أصحابها، جميعها من الحقوق المالية التي تعتبر تسويتها من السلطة التي جحدتها، شرطاً لازماً للتخلي عن الخصومة الدستورية.

أما ما كان من الحقوق متصلاً بالشخصية الإنسانية، كالحق في الحياة وفي الحرية، وفي المساواة، وفي الخلق والإبداع، فإن النزول عنها يفيد عودة المتنازل إلى أوضاع السخرة والرق، وسحق آدمية الإنسان فيه، وهو ما لا يجوز.

(١) Parker v. Illinois 333 U.S. 571, 574 (1948).

### المبحث الخامس عشر

#### امتناع الفصل في المسائل السياسية بطبيعتها<sup>(١)</sup>

٤٥٨- قد يقوم الفرد خصومة قضائية تتوفر فيها كل الشروط التي يقتضيها الدستور والمشرع في شأن مقوماتها وأوضاعها التي يتهيأ بها موضوعها للفصل فيه، كاكتمال عناصر نزجها، وحدة النزاع بين أطرافها. بيد أن موضوع هذه الخصومة قد يثير مسائل سياسية بطبيعتها لا يجوز معها إصدار حكم في موضوع النزاع<sup>(٢)</sup> ذلك أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا تمتد إلى مسائل يتخذ الفصل قضائياً فيها. وتمثل الشؤون الخارجية النطاق الأكبر لتطبيق نظرية الأعمال السياسية، على تقدير أن قضاء الشرعية الدستورية يتجنبون الفصل في الطريقة التي تدور بها هذه الشؤون بالنظر إلى اتصالها بالسياسة الوطنية، وتعد العناصر التي تدخل في تكوينها وتسببها.

وعلى ضوء هذا المفهوم، يدخل تقدير ملازمة التعويض الصادر من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية، في إطار المسائل السياسية. ويندرج كذلك في نطاقها مباشرة السلطة التنفيذية لامتيازاتها التي اقتصمها الدستور بها. كقرارها بأن ممثلي الدول الأجنبية المستعدين لديها، هم الذين أنابتهم دولهم عنها في تمثيلها<sup>(٣)</sup>؛ وأن المعاهدة التي أبرمتها مع إحدى الدول الأجنبية، قد وقعها ممثلها<sup>(٤)</sup>. وليس لجهة الرقابة القضائية كذلك أن تجحد اعترافها باستقلال إحدى الدول<sup>(٥)</sup> أو ألغائها تباشراً بسلطة فعلية على إقليمها<sup>(٦)</sup>؛ ولا أن تنازعها في قرارها بأن حرياً اضطرم أوارها وتدور رحاها بين دولتين أو أكثر، أو أن أصلاً عدائية قائمة بينها<sup>(٧)</sup>؛ ولا أن تخوض في قرارها بأن

(١) Scharpf, "Judicial Review and the Political question" A fundamental Analysis. 75 Yale law journal, 517, 566- 82 (1966); Finkelstein, "Judicial Self- Limitation. 37 Harv. L. Rev. 338, 361 (1924); Redish", Judicial Review and the Political Question". 79 N.Y.L. Review 1031, 1022- 1055 (1985).

(٢) Department of Commerce v. Montana 503 U.S.442 (1992).

(٣) In Re Bais 136 U.S. 403 ( 1890 ).

(٤) Doe v. Braden 75 U.S. 16 How , 635 ( 1853 ).

(٥) United States v. Palmer, 16 U.S. ( 3 Wheat) 610 (1818); Jones v. United States, 137 U.S. 202 (1890); Oetjen v. Central Leather Co., 246 U.S. 297 (1918).

(٦) Foster V. Nelson, 27 U.S. (2pet) 253 (1829).

(٧) Ware v. Hylton 3 U.S. (3Dall) (1796).

إحدى الدول التي كانت ترتبط معها بمعاهدة ثنائية، لم تعد تمثل شعبها، وأن كيانا جديدا قد حصل محلها<sup>(١)</sup>. ولا أن تناقضها في الكيفية التي تكبر بها علاقاتها السياسية<sup>(٢)</sup>.

#### ويعتبر كذلك من الأعمال السياسية:

١. قرار تكوين قوة نظامية سواء صدر بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، أو بموافقة السلطة التشريعية. وسواء تعلق الأمر بإعداد هذه القوة أو تجهيزها أو تدريبها، أو بمعايير التحقق من كفاءتها، بما يتم بنبلائها وبكلل نهوضها بمسئوليتها<sup>(٣)</sup>.

٢. قرار الدخول في معاهدة دولية سواء بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، أو بمشورة السلطة التشريعية، وموافقتها.

٣. قرار السلطة التنفيذية بإلغاء معاهدة دولية، ولو كان الدخول فيها مشروطا بموافقة السلطة التشريعية.

٤. قرار السلطة التنفيذية رفض الترخيص بالطيران فوق إقليمها لجهة أجنبية<sup>(٤)</sup>. كلما ينسب هذا الرفض على تقارير قدمت إليها الأجهزة الأمنية. وهي تقارير لا يجوز للجهة القضائية أن تحل نفسها محل السلطة التنفيذية في مجال تقييمها لتلك التقارير التي تتسم بسرية معلوماتها وبحساسيتها، ويعتذر كشفها لجهة الرقابة. فضلا عن أن الإطلاع عليها، تكتفه محائير كثيرة ينبغي توقيها. كذلك فإن رفض هذا للترخيص يرتبط بعوامل كثيرة يعذر للتنبؤ بها، ويعود للنظر

(١) راجع في ذلك رأي القاضى Brennan في قضية Goldwater v. Carter, 444 U. S. 996 (1979) وتخلصنا من قولها في أن الحكومة الأمريكية المركزية ألغت معاهدة الإنفاق المشترك بينها وبين تايفان بعد إعلانها بجمهورية الصين الشعبية.

(٢) In re Baiz, 136 U.S. 403 (1890).

(٣) Gilligan v. Morgan 413 U.S. 1 (1973).

(٤) Chicago and S. Air Lines v. Waterman S.S. Corp., 333 U.S. 103, 111, (1948).

ويلاحظ أن قرار السلطة التشريعية بتوافر الشروط التي يتطلبها قانون لقرته في شأن أحد المخططين بأحكامه، لا يعبر عن المسائل السياسية. ذلك أن الفصل في توافر هذه الشروط أو تخلفها من اختصاص السلطة القضائية وحدها.

فيها إلى المسئولين عن رخاء شعبهم حتى لا يعاق. فضلا عن أن منح هذا الترخيص أو حجبها يتصل بالكيفية التي تكبر بها السلطة التنفيذية علاقاتها الخارجية.

٤٥٩- وما يقال من أن نصوص الدستور جميعها ينبغي إحترامها، وأن على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تباشر ولايتها في شأن كل عمل أو إجراء يصدر مخالفا لها، أيا كان محتواه أو الهيئة التي صدر عنها؛ وإلا جاز للتفرع بوجود ثمة مناطق من الدستور لا يجوز لجهة الرقابة القضائية أن تمد بصرها إليها<sup>(١)</sup>؛ مردود أولاً: بأن المسائل السياسية تعصمها طبيعتها عن مراجعتها قضائياً؛ وأن ما قد يثور من جدل بشأنها لا يجوز أن يتناول حقيقتها، ولا ضرورة تجنبها؛ وأن معايير تطبيقها، وضوابط تحديدها -التي لا زال النزاع حولها محتكماً حتى في النظم غير الفيدرالية- هي التي ينبغي التركيز عليها، وأن نوجه اهتمامنا لها.

ومردود ثانياً: بأن قضاء الشرعية الدستورية، وإن كانوا لا يفصلون في المسائل السياسية، فليس ذلك لأنهم يفضون أبصارهم عن مناطق في الدستور، فلا يرونها، ويتجاهلون بالتالي حقيقة أن نصوص الدستور جميعها لا تتأبى على التطبيق، وأنها في حقيقتها قانون يمتين فرض أحكامه على الدولة والناس جميعهم. ذلك أن السلطة القضائية إذ تقرر أن الدستور قد عهد باختصاص معين إلى الكونجرس أو إلى السلطة التنفيذية، فإنها لا تتخطى بذلك عن ولايتها، ولكنها تقرر فقط أن مباشرة الكونجرس أو السلطة التنفيذية لاختصاص معين بناء على نص في الدستور، لا يولد حقوقاً لأخرين يجوز استخلاصها قضائياً وتنفيذها جبراً *Judicially enforceable rights*.

ذلك أن تقرير هذه الحقوق وتنفيذها، لا يلتزم والسلطة المنفردة التي يملكها البرلمان أو التي تباشرها السلطة التنفيذية وفقاً للدستور. ولا يدخل السلطة القضائية أن تحل محلها فيما تفسره الدستور عليهما. ويتضمنها ذلك أن تتحقق أولاً مما إذا كانت السلطة التي يباشرها البرلمان أو السلطة التنفيذية الواقعة في الحدود المنصوص عليها في الدستور. فإذا بان لها ذلك، فإن مزاحمة إحداهما في اختصاص أفراد الدستور لها، يكون لغواً.

ومردود ثالثاً: بأن السلطة القضائية إذ تحي نفسها عن الفصل في المسائل السياسية، فإنها لا تفصل في شرط المصلحة؛ ولا في شكل الترضية القضائية التي يستحقها المدعى في الخصومة

(١) Henkin, "Is There a Political Question Doctrine", 85 Yale L.J. 607- 17 (1976).

الدمستورية؛ ولا فى نوع الأضرار التى يقول بحدوثها؛ ولكنها تقرر فقط أن الحقوق التى يطلبها المدعون فى الخصومة الدستورية، يفترض أن ترتبط بأضرار أصابتهم بغير حق. وهو ما لا يتحقق فى مباشرة الكونجرس أو السلطة التنفيذية لاختصاص ألفرد الدستور لهما، إذ ليس ثمة قيود يمكن فرضها على هذا الاختصاص، وليس ثمة حقوق يمكن استخلاصها بالتالى كنتيجة مترتبة على تجاوز قيود نص الدستور عليها<sup>(١)</sup>.

٤٦- ومن المقرر كذلك أن تشخيص المسائل السياسية أو تصنيفها لفصلها عما سواها، لا يتأتى من خلال معيار عام يعتبر جامعا لكل فروضها، أو محيطا بصور تطبيقاتها على اختلافها. وإنما يحسد فى تحديد المسائل السياسية بتفريدها لا بعميمها، حتى تتحقق جهة الرقابة القضائية من توافر متطلباتها فى كل حالة على حدة<sup>(٢)</sup>.

Political questions may be more amenable to description by infinite itemization than by generalization.

ومع التسليم بأن مفهوم المسائل السياسية ليس مستصعبا على التحديد، وعلى الأكل فى مناطق بذواتها تبدو فيها هذه المسائل وثيقة الصلة بالحدود التى احتجزها الدستور لكل من السلطانين التشريعية والتنفيذية وفقا لضوابط الفصل بينهما؛ إلا أن مفهوم المسائل السياسية تطوّر فى القضاء المقارن. ذلك أن النظرة التقليدية لها هى التى بلورها القضاء الأمريكى فى قضية Marbury v. Madison وحاصلها أن يفصل قضاء الشرعية الدستورية فى كافة المسائل الدستورية التى تعرض عليهم، وذلك فيما خلا تلك التى يكون الدستور قد ناط مسئولية اتخاذ قرار منها فيها بالسلطة التشريعية أو التنفيذية<sup>(٣)</sup>. وليس لهم بالتالى إلحاح أنفسهم فى مسائل عهد الدستور بها إلى السلطة التنفيذية منفردة<sup>(٤)</sup>.

(١) Laurence H. Tribe, 97- 98 .

(٢) Frank, Political Questions, Supreme Court and Supreme Law (Bloomington, 1954), p.36.

(٣) Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", 73 Harvard Law Review, 1,7 (1959); "Weston, Political Questions", 38 Harv. L. Rev., 296 (1925).

(٤) Marbury v. Madison, 1 Cranch ( 5 U.S. ) 137, 170, ( 1803 ).

فقد تقرر فى هذه القضية الأخيرة أن المسائل المعتبرة بطبيعتها سياسية، أو التى عهد بها الدستور إلى السلطة التنفيذية، لا يجوز أن تنظرها المحاكم.

ففي قضية *Ware v. Hylton* رفض القضاء الأمريكي للنظر فيما إذا كان رئيس الجمهورية قد أخل بمعاهدة دولية<sup>(١)</sup>، وكذلك فيما إذا كان استكناؤه الميليشيا بناء على تفويض من الكونجرس، يعتبر إجراء ملائماً أو غير ملائم<sup>(٢)</sup>.

كذلك قرر القضاء الأمريكي -في قضية *Luther v. Bordon*- أن وجود جهتين متناحرتين تتصارعان على السلطة في جزيرة *Rhode Island* يخول الكونجرس دون غيره، أن يقرر أيتهما هي الحكومة الشرعية. فإذا فصل في ذلك، تعين عليه أن يفصل بحدوث فيما إذا كان شكلها يعد جمهورية أو لا<sup>(٣)</sup>.

وقد خول الدستور الأمريكي رئيس الجمهورية أن يوفر الحماية لكل ولاية في مواجهة اضطرابات الداخلية، وأن يتخذ بالقوة لإعادة للهدوء والنظام إليها بناء على طلب السلطة التشريعية في الولاية أو حاكمها.

ولرئيس الجمهورية في هذه الأحوال أن يحدد في نطاق سلطته التقديرية، الجهة التي تعبر من منظوره، هي السلطة التشريعية في الولاية، ومن هو حاكمها.

وليس لجهة قضائية أن تقرر أن جهة غير التي عينها رئيس الجمهورية، هي السلطة التشريعية المحلية، أو أن شخصا غير من حذده، هو حاكمها<sup>(٤)</sup>.

٤٦١- وعبر السنين، ظل تطبيق مفهوم المسائل السياسية قائماً على أن بعض المسائل الدستورية لا تقبل بطبيعتها الفصل قضائياً فيها *Non Justiciable Issues*. ودل القضاء المقارن على أن المسائل السياسية تكون كذلك:

(١) *Ware v. Hylton*, 3 Dall (3 U.S.) 199 (1796).

(٢) 12 Wheat (25 U.S.) 19 (1827).

(٣) *Luther v. Bordon* 7 How. (48 U.S.) 1, (1849); See also *Pacific States Tel v. Oregon* 223 U.S.118 (1912).

(٤) *Luther v. Borden*, 7 How. 48 (U.S.) 1,40 (1849).

ويندل كذلك في إطار المسائل السياسية تحديد من هو الحاكم الفعلي أو الشرعي *De jure orde fact* في دولة أجنبية.

١. إذا لم تتوفر لقضاء الشرعية الدستورية المعلومات اللازمة للفصل في النزاع وتعذر عليهم الحصول عليها<sup>(١)</sup>.

The lack of requisite information and the difficulty of obtaining it.

٢. لو إذا كان ضرورياً توحيد القرار في بعض المسائل، وإحالة إلى الأفرع السياسية التي تتولاها بحكم مسؤوليتها الأعرض<sup>(٢)</sup>.

The necessity for uniformity of decision and deference to the wider responsibilities of the political departments.

٣. لو إذا لم تكن لديهم معايير أو ضوابط ملائمة يستهضون بها لحل النزاع المطروح عليهم

The lack of adequate standards to resolve a dispute.

٤٦٢- وتحدد المسائل السياسية بالتالي صوراً من القيود التي يطرأها الدستور على مباشرة قضاء الشرعية الدستورية لولايتهم. ومن ثم تكون المسائل السياسية جزءاً من مفهوم أشمل يتصل بالمسائل التي لا يجوز الفصل قضائياً فيها بوجه عام. وإذا كان قضاء الشرعية الدستورية يتجهون الخوض في المسائل السياسية بما يضر بهيبتهم، أو يشي بشرعهم.

A way of avoiding a principled decision damaging to the court or an expedient decision damaging to the principle.

إلا أن من المحقق أن المسائل السياسية لا قيام لها، كلما كان الإخلال بقاعدة في الدستور -كذلك التي تتعلق بشرط الحامية القانونية المنكفئة- يولد حقوقاً لهؤلاء الذين أضر بهم قانون أهدر هذه القاعدة، أو حد من نطاق تطبيقها.

وخير مثال على ذلك قضية Baker v. Carr. ذلك أن موضوعها تعلق بتقسيم إجراء مشروع الولاية للدوائر الانتخابية المختلفة في عدد سكانها، والتي كان من شأن اختلافها على هذا النحو، أن صار للناخبين في الدوائر الانتخابية الأكثر كثافة في عدد سكانها، أصواتاً وزناً أقل من وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأقل في عدد سكانها، بما يخل بشرط الحامية القانونية المنكفئة بين

(١) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433, 453 (1939).

(٢) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217, 226 (1962).

هؤلاء وهؤلاء. وقام قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه القضية على أساس أن المسائل السياسية (Political Questions) غير القضايا السياسية (Political Cases)؛ وأن من سلطة المحكمة أن تفصل في كافة المسائل التي يطرحها المتداعون عليها كلما كان أساسها مجاوزة اختصاص مقرر الدستور؛ وأن معايير تطبيق شرط الحماية القانونية المتكافئة فيما بين المواطنين بعضهم وبعض، يسهل إدراكها وتطبيقها، فلا يدخل النزاع المتعلق بها في نطاق المسائل السياسية<sup>(١)</sup>.

٤٦٣- وتحليل القضاء المقارن في شأن المسائل السياسية، يدل على أن جهة الرقابة على الدستورية إما أن تأخذ في شأنها بوجهة نظر تقليدية A classical view تلازمها بالفصل في كل خصومة تعرض عليها، ما لم تفسر للمسائل التي تنثيرها -وفي حدود لجتهادها القضائي- بأن الدستور عهد بالفصل نهائياً فيها إلى السلطة التشريعية أو إلى السلطة التنفيذية.

وأما أن تأخذ بوجهة نظر تحوطية A prudential view تتوقى بها الفصل في موضوع النزاع المطروح عليها، كلما كان الفصل فيه يقتضيها التخلي عن مبدأ هام، أو للتضحية بهيبتها.

وإما أن تأخذ بوجهة نظر وظيفية A functional approach تلازمها بأن تولى اعتبارها لكافة العوامل التي تحول دون أدائها لوظيفتها القضائية بالطريقة السليمة. ويندرج تحتها صعوبة حصولها على المعلومات الكافية للفصل في الخصومة المطروحة عليها؛ وضرورة صدور قرار واحد في المسائل موضوعها، والمسئوليات الأكبر الملقاة على عاتق السلطة التشريعية أو التنفيذية في شأن هذه المسائل.

٤٦٤- ويدل قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية Baker v. Carr على محاولتها تأسيس نظرية للمسائل السياسية، حتى تقوم لها أعمدتها من خلال ضوابط تعين على تحديد مفهومها، وتبين أسسها. ذلك أنها تقدم لهذه المسائل من خلال عدد من المعايير التي حددتها، والتي تقول بأنها تظهر بنفسها، وتُطل برأسها في كل خصومة تكون المسائل المثارة فيها من طبيعة سياسية.

(١) Pollack "Judicial Power and the Politics of the people", 72 Yale L.J. 81, 88 (1962), See Also, Bonfield "Baker v. Carr: New Light on the Constitutional Guarantee of Republican Government" 50 Calif. L. Review, 245, 253-55 (1963).

فالمعايير التي رددتها تحريفاً بالمسائل السياسية، وتجزئة لغموض جوانبها، هي التي يناديها:  
أولاً: مسائل اختص الدستور بها- وبصورة لا تخطئها العين- السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية.

A textually demonstrable constitutional Commitment to a coordinate political department

[وهذه هي وجهة النظر التقليدية في شأن المسائل السياسية]

ثانياً: مسائل لا تتوافر لجهة الرقابة على الدستورية بشأنها، المستويات القضائية التي يمكنها من البصر بها والارتكان إليها لحل النزاع المطروح عليها. ولا تتوافر بشأنها بالتالي لهذه الجهة معايير واضحة تمسكها بيدها، وضوابط قاطعة تستلهمها في حل ذلك النزاع.

A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it.

ثالثاً: مسائل يستحيل الفصل قضائياً فيها قبل أن تحدد جهة غير قضائية -في حدود سلطتها التقديرية- سياستها للمبدئية بشأنها.

The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion.

[والمعياران المشار إليهما في ثانياً وثالثاً، يبلوران وجهة النظر الوظيفية لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في شأن تحديد المسائل الدستورية].

رابعاً: مسائل يستحيل على جهة الرقابة القضائية أن تصدر قراراً بشأنها تستقل به عن السلطتين التشريعية والتنفيذية بخير أن تتجاهل فريضة الاحترام التي ينبغي أدائها لهاتين السلطتين.

The impossibility of a court's undertaking independent decision without expressing lack of the respect due coordinate branches of the government .

خامساً: ألا يكون أمام جهة الرقابة القضائية على الدستورية خيار غير الانضمام إلى قرار سياسي صدر فعلاً.

An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made.

ساندسا: رجحان الوقوع في الحرج من جراء صدور أكثر من قرار في موضوع واحد من أكثر من فرع من فروع الحكومة.

The potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.

للمعايير المشار إليها في رايما وخامسا، وساندسا، نابعة جميعها من النظرة التحوطية لجهة الرقابة على الدستورية في معالجتها للمسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة المطروحة عليها[١].

٤٦٥- والفكرة الجامعة بين الضوابط التي حددت بها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية مفهوم ونطاق المسائل السياسية التي تخرج عن حدود الوظيفة القضائية، أن هذه المسائل جميعها مستعصية بطبيعتها على الفصل قضائيا فيها لا اعتبار كامن فيها Inherently non-justiciable - لا لأن ثمة مناطق من الدستور ينبغي حجبها عن السلطة القضائية فلا تمد بصورها إليها- وإنما لأن الدستور عهد بالفصل في بعض المسائل الدستورية إلى غير السلطة القضائية، فلا يجوز أن تقوم نفسها فيها.

٤٦٦- والدافعون لمفهوم المسائل السياسية، يرون أن جهة الرقابة على الدستورية كان يكفيها إما أن تقرر أن المسائل التي تكفل في الولاية المنفردة للسلطة التشريعية والتنفيذية، لا تجوز رقابتها قضائيا؛ ولما أن تقرر انتفاء مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية في الطعن على المسائل التي تراها من طبيعة سياسية؛ أو تطعن بصعوبة تقرير الترضية القضائية الملائمة في شأنها<sup>(١)</sup>.

#### ووجهة نظر هؤلاء الناقدين بحبيها:

أولاً: أن السلطة ينبغي توزيعها بما يحول دون تركز الأمر الذي تمارسها، أو تنافسها فيما بينها. ولا يجوز أن نتخذ من غموض نصوص الدستور موطئا لهدم قاعدة الفصل بين السلطات

(١) Henkin, "Is there a 'Political Question' Doctrine," 58 Yale law Review, 607- 17 (1976).

التشريعية والتنفيذية من ناحية والسلطة القضائية التي تكافئها في وزنها من ناحية ثانية. ذلك أن لكل سلطة ولاية تتحدد على ضوء طبيعة وظائفها والأغراض المقصودة من إنسانها إليها. وفي منطقة الفصل هذه، تظهر المسائل السياسية في الأعم من تطبيقاتها. ومما يناقض الوظيفة التي تقوم عليها جهة الرقابة على الدستورية، أن تقوم نفسها في مسائل اختص الدستور بها السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية، وفوضهما باتخاذ القرار النهائي فيها.

ثانياً: لأن جاز القول بأن نصوص الدستور تغل بطبيعتها تنفيذ أحكامها في مواجهة المخاطبين بها، إلا أن نظرية المسائل السياسية لا تفرض في جهة الرقابة على الدستورية أن تكون عمياء بالنسبة إلى مناطق الدستور. ذلك أن هذه الجهة لا تتخلى عن وظيفتها حين تنظر إلى بعض المسائل الدستورية بوصفها من طبيعة سياسية. ولكنها تقرر فقط -وفي حدود سلطتها في تفسير الدستور- أن العمل أو الإجراء الصادر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية في موضوع محين، لا يولد حقوقاً يجوز تنفيذها قضائياً. Does not yield judicially enforceable rights، وفرضها بالتالي على هاتين السلطتين. وعليها من ثم أن تفصل ابتداء فيما إذا كان العمل أو الإجراء الصادر عن إحدهما يدخل في إطار المهام التي اختصها الدستور بها، وقصرها عليها.

وقضاؤها في ذلك لا يتطرق بالمصلحة الشخصية المباشرة للمدعي في الخصومة الدستورية، ولا بنوع الأضرار التي عانى منها، ولا بطبيعة الترضية التي ترد العلوان عن الحقوق التي يدعيها. وإنما يتعلق قضاؤها بما تنفرد به السلطان التنفيذية والتشريعية بناء على نص في الدستور؛ وما إذا كان يوسعها أن تستخلص من هذا النص، الحقوق التي يطلبها المدعي في هذه الخصومة.

بما مؤداه أن ما ينبغي أن تخوض جهة الرقابة على الدستورية فيه، هو ما إذا كان في استطاعتها أن تترجم مبدأ أو أكثر كامناً وراء نص في الدستور، إلى قيد على السلطة التشريعية أو التنفيذية. ذلك أن الإخلال بالقيد هو وحده الذي يفرز الحقوق الفردية التي يجوز طلبها وتنفيذها قضاء من خلال تخريجها على نصوص الدستور بعد تفسيرها.

فلا تتفصل نظرية الأعمال السياسية -في مدلولها ومحتواها- عن المسائل التي يجوز للفصل قضائها فيها. وفي ذلك تحديد لإطار الوظيفة القضائية، وتقرير لنوعها<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن الأعمال لا تعتبر سياسية بناء على درجة أهميتها للسلطة التشريعية أو التنفيذية. ذلك أن المسائل السياسية غير القضايا السياسية.

فالذين يدعون بأن تقسيم المشرع للدوائر الانتخابية، وتحديد المقاعد التي تخص كلا منها، قد أغفل تفاوتها في عدد سكانها، وخطأ بالتالي من وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأكثر كثافة في عدد سكانها، بالمقاس إلى وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأقل في عدد المقيمين بها، إنما يركزون مناعهم على إخلال هذا التقسيم بشرط العملية القانونية المكافئة. وهو شرط يولد حقاً فردية يجوز تنفيذها قضاء على ضوء المعايير والمستويات التي ألفتها جهة الرقابة على الدستورية وطورتها في مجال تطبيق هذا الشرط<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: أن مفهوم المسائل السياسية ليس إلا استثناء من أصل خضوع المسائل الدستورية للرقابة على الشرعية للدستورية. ولا يحول هذا الأصل دون النظر إلى بعض المسائل الدستورية باعتبار أن جهة الرقابة على الدستورية غير مهية للفصل فيها *III - suited* بالنظر إلى طبيعتها، كالمسائل الحيوية التي لا يجوز أن يكون للدولة فيها غير صوت واحد. *Single voiced statement of the Governments' views.*

كذلك المتعلقة بإدارة الدولة للشئون الخارجية. ولا يتصور بالتالي أن يحل حكم قضائي من بنیان السياسة الخارجية التي تستقل السلطان التشريعية والتنفيذية برسمها، ولا أن يوجهها بما يضر بمصالحها. خاصة وأن خطأ جهة الرقابة على الدستورية في مجال تقييم هذه المسائل الدستورية، قد يكون فادحاً في تكلفته، وقد يحوق تنفيذ تدابير لها صلة وثيقة بالأمن القومي كإدارة الدولة لسلطاتها الحربية.

(١) قررت المحكمة العليا لجمهورية الولايات المتحدة الأمريكية أن الفصل فيما إذا كانت الحكومة القائمة في الولاية هي الحكومة الشرعية، أم أن الثوار الذين يحدون سلطتها ويذرعونها فيها، هم الأحق بتولي شؤونها، لا يدخل في اختصاصها، بل يفرده الكونجرس بالفصل فيه.

Luther v. Borden, 48 (7 How. 1) (U.S.1849). وراجع أيضاً: Laurence H. Tribe, American Constitutional law, second edition, pp. 97-98.

(٢) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

ويتعين بالتالي أن تنقيد جهة الرقابة على الدستورية في هذه الأحوال -وما يماثلها- بأن يكون موقفها منها قائما على التحوط، وأن تنظر إلى نفسها -لا باعتبارها جهة قضائية خولها الدستور سلطة الاعتراض على كل قانون، وكل إجراء أو تكبير صدر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية A veto power- وإنما بوصفها نقطة التوازن بين سلطتين أخريين منتخبين، لكل منهما اختصاصاتها التي كفلها الدستور، وبذبحي أن يتاح لهما قدر من حرية التقدير فيما تفردان به من الشؤون، ما فتئتا ملتزمين بتخوم الولاية التي حددها الدستور لكل منهما

خامساً: أن جهة الرقابة على الشرعية للدستورية لا تتخلى عن مسؤوليتها في ضرورة ضبط المسائل السياسية، وتقرير ما يندرج تحتها أو يخرج عنها.

وهي تعيد النظر في نطاقها من أجل حصرها في دائرة ضيقة، وعلى الأخص لأن عنصر الزمن كثيراً ما يدخل تغييراً على مفاهيمها بما يحل مما كان مستقراً من ثوابتها. فلا تداح دائرتها، ولا تتحول المسائل السياسية إلى جوامد تفرض نفسها على جهة الرقابة على الدستورية، وكأنها الحقيقة التي لا تتبدل. وإنما يظل نطاق المسائل السياسية مرناً منحصراً في حدود منطقية، ونائباً عن معايير جامدة لها قولها الصماء التي تصبها هيها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

وأظهر مثال على ذلك أن تقسيم السلطة التشريعية للدوائر الانتخابية، كان يعامل باعتباره من الحقوق الثابتة لها التي لا يجوز نقضها. وكان ينظر إلى الطريقة التي اختطها هذه السلطة لإجراء ذلك التقسيم باعتباره من إطلاقاتها، وأن جهة الرقابة على الدستورية مجردة من الوسائل القضائية التي تحيد بها تقسيم هذه الدوائر بما يكتل تناسباً قدر الإمكان بين عدد سكانها والمقاعد المرصودة لها في المجالس ذات الصفة التمثيلية. ولا يجوز لها بالتالي أن تقحم نفسها في أدغال سياسية A political thicket which Courts ought not to enter تتخلق دروبها عليها وتقه بين أغصانها في تشابكها وتقدتها<sup>(١)</sup>.

(١) Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946).

وقد قرر القاضي فرانكفورت في هذه القضية أن المدعين يطلبون في هذه القضية من المحكمة ما يخرج عن اختصاصها. وأن النزاع حول دستورية تقسيم الدوائر الانتخابية في هذه القضية، من طبيعة سياسية صرفاً، ولا يجوز بالتالي الفصل قضائياً فيه.

واليوم تحول هذا المفهوم من التقيُّص إلى التقيُّص. إذ صار ثابتاً أن هذه الأفعال لا وجود لها إلا في عقل من يتوهمونها، وأن ما تراه السلطة التشريعية ملائماً من النظم والدوائر الانتخابية سواء في مضمونها أو تقسيماتها، مشروط بضمانها للحقوق السياسية لمواطنيها، والتي ينكرج تحتها أن تتكافأ أصواتهم في وزنها، وأن يكون لكل دائرة انتخابية عدد من المقاعد في المجالس التمثيلية يتحدد قدر الإمكان بمراعاة عدد سكانها.

Equal representation for equal number of people as nearly as possible.

سادساً: أن تمييز السلطة التشريعية أو التنفيذية بين مواطنيها، لا يجوز أن يعامل كتعبير عن سياسة اختطتها لا يجوز مناقشتها فيها. ذلك أن كل تمييز غير مبرر لا يدل إلا على تحكمها وتشهوها. ويستحيل أن يكون عملاً سياسياً.

سابعاً: أن تعقد الفصل في بعض المسائل الدستورية أو تشابكها في العناصر التي تقوم عليها، لا يحلها بالضرورة إلى مسائل سياسية تغاير في نوعها -لا في درجتها- غيرها عن المسائل الدستورية التي تفرد جهة الرقابة على الدستورية أصلاً بالفصل فيها. وعليها بالتالي أن تتخذ قراراتها في كل شأن يتعلق بوظيفتها القضائية استقلالاً عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولو كان فضلاؤها في المسائل الدستورية المطروحة عليها يصادم توجهها لإحداها أو يحرجهما.

ثامناً: أن امتناع الفصل قضائياً في المسائل السياسية، مرده أن تدخل جهة الرقابة على الدستورية فيها، أن يعفها في أن تمتثل من نصوص الدستور المدعى مخالفتها لأحكامها؛ حقوقاً فردية لأصحابها؛ وأن اقتحام هذه المسائل كثيراً ما يقترن بأثار ضارة عليها أن تتجنبها، ويندرج تحتها أن تتقدم السلطان التشريعية والتنفيذية عليها، فلا تتفاد أحكامها فيما إختصهما الدستور بقريده. ولا يتصور بالتالي أن تصدر جهة الرقابة على الدستورية قراراً سياسياً في موضوع الخصومة التي تنظرها، وإما تقتصر مهمتها على الفصل بحكم تصدره، في المسائل القانونية التي تثيرها هذه الخصومة<sup>(١)</sup>.

(١) Edward L. Barrett Jr., William Cohen., Jonathan D. Varat, "Constitutional law, Cases and Materials", eighth edition , 1989,p.144

تاسعاً: أن نصوص الدستور لا يجوز أن تفسر بأن رصد كل خروج عليها أمر تتولاه السلطان التشريعية والتنفيذية دون غيرها في نطاق المحاسبة السياسية، وليس على صعود المسؤولية القانونية<sup>(١)</sup>.

#### ٤٦٧- وينبغي أن يلاحظ في شأن المسائل السياسية ما يأتي:

١. أن السلطة التي تباشرها جهة الرقابة على الدستورية في مجال التفسير النهائي للدستور، هي الضمان القاطع لإنهاء كل جدل حول مضمونه. ومباشرتها لهذه السلطة ليس من شأنه إخراج السلطين التشريعية والتنفيذية أو إحداهما، أو تجريعها، أو مناطحتها في طريقة فهمها للدستور. إذ لا يجوز أن نفترض توافقاً فيما تراه جهة الرقابة على الدستورية، وهاتين السلطتين، تفسيراً صائباً لأحكامه. فلا يكون أمام هذه الجهة إلا أن تتحمل بمسئوليتها القضائية فصلاً في المسائل الدستورية التي طرحتها الخصومة القضائية، وبغض النظر عن آثار حكمها.

٢. أن المسائل التي تنصل بإدارة السلطة التنفيذية لشؤون علاقاتها الخارجية سواء كان قرارها فيها منفرداً أم بالتعاون مع السلطة التشريعية، لا تستبر جميعها من المسائل السياسية. ذلك أن واقعة إبرام معاهدة دولية أو إنهاء العمل بها، وإن صح اعتبارها من المسائل السياسية، إلا أن الفصل في دستورية المعاهدة سواء من جهة الأوضاع الشكلية التي تطلبها للدستور فيها، أو من ناحية توافق أحكامها مع مضمون نصوص الدستور، يظل حقاً لجهة الرقابة على الدستورية. كذلك يجوز لهذه الجهة، إذا لم يكن قد صدر قرار عن السلطة السياسية بإنهاء معاهدة أبرمتها، أن تقسو الأوضاع التي أحاطتها بعد العمل بها بما يفيد زوال أثرها.

وكلما كان القرار بإنهاء معاهدة دولية، مقتضياً ت دخلاً من السلطة التشريعية وفقاً للدستور، فإن قرار رئيس الجمهورية بالتحلل منها، يكون مخالفاً لأحكامه بما يستتبع الولاية التي تباشرها جهة الرقابة القضائية في شأن المسائل الدستورية. ذلك أن تلك الجهة إنما تطبق قواعد الدستور التي وزع بها الاختصاص بين السلطين التشريعية والتنفيذية. وهي بعد قواعد لا يحتاج تطبيقها إلى موازين تقتدر إليها السلطة القضائية.

(١) فالحرب التي يعلنها رئيس الجمهورية على دولة أخرى ولو كان مختصاً بإعلانها بمقتضى الدستور، يجوز أن تتناوله السلطة التشريعية عنها سياسياً.

٣. أن اعتبار الأعمال التي خص الدستور بها السلطة التشريعية أو التنفيذية من الأعمال السياسية، لا يتوخى غير ضبط الإيقاع في الدولة. ولا يتصور بالتالي أن يكون التحكم أو انقراط عقد النظام العام من مقوماتها أو نتائجها<sup>(١)</sup>.

٤. كلما كان الفصل في الخصومة الدستورية، متضمنا اختراق عناصر من طبيعة سياسية، خرج موضوعها عن إطار المسائل التي يجوز الفصل قضائيا فيها.

٥. أن تقرير ما إذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية امتياز وفقا للدستور، يقتضي أن تفصل جهة الرقابة على الدستورية أولا فيما إذا كان الدستور قد خولها هذا الامتياز. وعليها يحدّد أن تحدد مداه. ذلك أن الأصل في كل امتياز مقرر بناء على نص في الدستور، هو أن يفسر في حدود ضيقة لضمان خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون. وإذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تنتزع بنصوص الدستور للدفاع عن اختصاص كظله الدستور لها، فإن شرط ذلك هو أن تنقيد بالضوابط التي فرضها الدستور عليها للحصول على الحقوق التي يؤولها هذا الاختصاص.

ذلك أن كل امتياز ليس مطلقا، بل يتعين أن يكون موصوفا، ومقيدا بالأغراض التي يتوخاها. فإذا جاوزتها السلطة التشريعية، ولو كان قرارها في ذلك بأغلبية ثلثي أعضائها، تعين ردها على أعقابها، وإلزامها بالحدود التي فرضها الدستور على نشاطها، والتي لا يجوز إبدائها من خلال اقتراع السلطة التشريعية على تجاوزها.

٦. أن للتحوط في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وإن ألزم جهة الرقابة على الدستورية ألا تنزلق في نزاع شجر بين السلطين التشريعية والتنفيذية، وألا تستبق الفصل في قبل أن تنهيا لهما فرص حله بطريقة هادئة، ومن خلال الوسائل السياسية لا القانونية، إلا أن شرط ذلك ألا تحكم إحداهما في خلافا مع الأخرى، لأحكام الدستور ذاتها من خلال الخصومة الدستورية.

(١) لإعلان الدولة بدء أعمال عدوانية ضدها ولتمتع للنظر في دستورية هذا الإعلان، لا يتوخى غير توكيد المخاطر التي تواجهها، وحشد الجهود لدعم عملاتها الحربية، فلا يترتب أحد في مولوتها والخضوع لتعليماتها الصادرة في هذا الشأن.

ذلك أن النزاع بين هاتين السلطتين -كلما انحل إلى عدوان من إحداهما على الولاية التي أثبتتها الدستور لشريكتها في الحكم- لا يدخل في إطار المسائل السياسية، ولا يعتبر من جنسها؛

٧. كلما كانت المعايير التي تطبقها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل في النزاع المعروض عليها -ومواء تعلق الأمر بمضمون هذه المعايير أو مستوياتها- لا توصلها إلى حل لموضوع الخصومة الدستورية، فإن المسائل التي تطرحها هذه الخصومة، تعتبر بناء على هذا الاعتبار وحده، من المسائل السياسية.

٨. نفترض المسائل الدستورية في بعض تطبيقاتها، ألا تعيد جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تقييم قرار صدر عن السلطة التنفيذية أو التشريعية في مسائل اختصاصها الدستور بالحكم عليها.

يبد أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية تظل مختصة بالفصل فيما إذا كان الدستور قد خول هاتين السلطتين أو إحداهما، سلطة اتخاذ هذا القرار. ذلك أن حدود هذه السلطة من المسائل التي تفصل هذه الجهة فيها وفقا للدستور. ولا شأن لها بالتالي بالتقدير السياسي.

ويتعين بالتالي النظر إلى إلغاء السلطة التنفيذية لمعاهدة دفاع كانت قد أبرمتها مع إحدى الدول بعد اعترافها بدولة أخرى كممثل وحيد لشعبها، باعتباره من المسائل السياسية. ذلك أن إلغاءها معاهدة الدفاع للمشار إليها، نتيجة مترتبة بالضرورة على سلطتها في أن تقرر بنفسها أن دولة أجنبية تمثل شعبها؛ أو التخلي عن اعترافها بشرعيتها.

٩. إذا شرط الدستور لجواز إجراء معين -كالتصديق على معاهدة دولية- تدخل السلطة التشريعية، فإن اتخاذ هذا الإجراء بغير الرجوع إليها يعتبر مخالفا للدستور، ولا يندرج بالتالي في إطار الأعمال السياسية.

ولا كذلك أن يكون الدستور قد اختص رئيس الجمهورية دون غيره باتخاذ هذا الإجراء، إذ يعتبر معهوداً به إليه وحده بناء على نص في الدستور، ودخلاً بالتسالي في إطار المسائل المياسية<sup>(١)</sup>.

١٠. طلب الحصول من خلال الخصومة الدستورية على حقوق سياسية يكفلها الدستور، لا يفيد بالضرورة أن المسائل المثارة فيها من طبيعة سياسية<sup>(٢)</sup>.

١١. أن المسائل المياسية يستحيل أن يجمعها معيار عام يحيط بكل صورها، ولا ربطها بمصالح بذواتها تتحد بينها في موجباتها. ذلك أن مثل هذا المعيار - إن وجد - يكون عصياً على التحديل لجموده، وغير ملائم كذلك لمفاهيم المسائل السياسية المتغيرة بطبيعتها، والمتطورة عناصرها في إطار من التقييم المتواصل للصور التي تدرج تحتها، وإن ظل تكييفها دائراً حول تحذر الفصل قضائياً فيها، إما بناء على نص في الدستور، أو لتعارض الفصل فيها وخصائص الوظيفة القضائية التي تفرض التحوط من جهة، وتوافر الموازين الدقيقة والمعلومات الكافية التي يتهيأ بها الفصل في المسائل الدستورية.

وفي إطار هذا الضابط العام، تتحدد للمسائل السياسية ملامحها الرئيسية، فلا تكون حركتها غير تماوج يتصل بالرقابة على الشرعية الدستورية في نواتجها وتراجعها، في اتساعها وانكماشها، في تردها واندفاعها.

١٢. أن جهة الرقابة على الدستورية لن تحقق الآمال المعقودة عليها بإسائها في تطبيق نظرية الأعمال السياسية.

ولن ترتبط جرائها كذلك بظها لديها عن تطبيقها في حدود منطقية تتوازن بها شروط مباشرة، أو لوظيفتها القضائية - على ضوء خصائص هذه الوظيفة ومتطلباتها - بالقيود الضرورية التي تفرضها كوابحها، ويقتضيها حذر<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر في ذلك الآراء الموافقة لكل من القاضي Rehnquist والقاضي Stewart والقاضي Stevens وذلك في قضية Goldwater v. Carter 444 U.S. 996 (1979).

(٢) Parker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

(٣) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

١٣. اضطرد القضاء المقارن على أن اعتبارين يهيمنان على نظرية الأعمال السياسية، هما ملازمة اتخاذ السلطة التنفيذية أو التشريعية لقرار نهائي في المسائل التي اختصاصها الدستور بها؛ وكذلك انقضاء المعايير والموازن التي تفصل السلطة القضائية على ضوئها في المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية.

ولعل المعيار الثاني هو أكثر المعايير المنطقية لضبط المسائل السياسية. ذلك أن الفصل في الخصومة الدستورية، يفترض دأماً أن يتوافر لقضاة الشرعية الدستورية المعلومات الكافية، والموازن الدقيقة مستوياتها، الملائمة مدخلها، والتي يتهيأ لهم بها الحكم على أعمال أئتها للسلطة التشريعية أو التنفيذية تقيماً لها.

فإذا تعلق موضوع الخصومة الدستورية، بأن تعديلاً للدستور قد سقط لعدم التصديق عليه خلال ميعاد معقول، وكان ميعاد التصديق على هذا التعديل غير محدد بنص في الدستور أو في القانون، وكانت السوابق لا تكل على ضوابط محددة تبين المدة المعقولة التي يسقط بفواتها كل اقتراح بتعديل الدستور غير مصدق عليه، وكانت هذه المدة -حتى وإن أمكن توقعها- ترتبط بنطاق التعديل ومداه، وبالأثار التي يترتبها، وتتدخل فيها كذلك عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية يتعذر رصدها وصولاً إلى أغوارها، وكانت هذه العوامل حتى مع إمكان تشخيصها والبصر بها عند اقتراح التعديل، قد تتغير بصورة جوهرية وقت عرضه للتصديق؛ وكان مثل هذا التغيير مؤداه أن العناصر التي كان التعديل يقوم عليها، وكذلك موجهاتها، لم يعد لها من وجود؛ فإن تحديد قضاة الشرعية الدستورية للمدة المعقولة التي يسقط بفواتها تعديل غير مصدق عليه، مما يخرج عن موازين التقدير التي تملكها، فلا يكون تحديد هذه المدة إلا عملاً سياسياً تتولاه السلطة التشريعية بنصها<sup>(١)</sup>.

١٤. كلما ناهض امتياز مقرر للسلطة التنفيذية، إحدى القيم التي احتضنها الدستور، تعين على جهة الرقابة على الدستورية أن توازن بينهما، وأن تصدر حكمها على ضوء الموازنة التي أجرتها.

(١) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

فامتياز رئيس الجمهورية في ضمان سرية أحيائه مع معاونيه الأقرين حتى يتخذ قراراته بصورة سليمة على ضوء نصائحهم التي لا يترددون في إبدائها كلما كان كتمانها مكفولاً؛ يقبله حق السلطة القضائية في أن تفصل في واقعة الاتهام الجنائي المعروضة عليها على ضوء أدلتها، ولو كان من بينها حوار أجراه رئيس الجمهورية مع معاونيه إذا كان تحقق للسلطة القضائية من حقيقة ذلك الحوار ومضمونه، يتم في غرفه مغلقة، ويقرر تحقق الوثائق التي تسجل هذا الحوار، بالاتهام الجنائي القائم.

كذلك فإن اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها المكفول لها بناء على نص في الدستور؛ ينبغي أن يقابل بحق السلطة القضائية في التحقق من أن حججها هذه العضوية عن شخص يدعيها، لا يناقض الشروط التي فرضها الدستور في مجال كسبها.

٤٦٨- وفيما يلي عرض لكل من هذين الامتيازين:

#### أولاً:

#### الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية في ضمان سرية أحيائه التي يجريها مع معاونيه

في قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد رئيسها نيكسون<sup>(١)</sup> أصدرت إحدى المحاكم أمراً يلزم رئيس الجمهورية بأن يقدم إليها الشروط التي سجل عليها بعض أحيائه مع عدد من معاونيه لصلتها باتهام جنائي قادم.

إلا أن رئيس الجمهورية رفض تنفيذ هذا الأمر، مستنداً في ذلك إلى أن للسلطة التنفيذية امتيازاتها التي لا يجوز نقضها من خلال إلزام رئيس الجمهورية بأن يقدم الأشرطة التي تسجل حوارها مع معاونيه، حتى لا يفقد هؤلاء نفعهم في سرية مناقشتهم مع رؤسوس الجمهورية، فلا

(١) كان الرئيس نيكسون يرتب لإعادة انتخابه رئيساً للجمهورية عن مدة ثلثية. وحتى يدعم فرص إعادة انتخابه أمر عدداً من معاونيه بالتحام مقر الحزب الديمقراطي في وترجوت، ووضع أجهزة للتصمت على ما يدور فيه حتى يفقد على الصورة الكاملة للخطط التي وضعها هذا الحزب في معركة إعادة الترشيح للرئاسة. وقد كشفت الصحافة عن حقيقة هذا الاقتحام. وأسفر التحقيق فيه عن اتهام سبعة أشخاص من معاوني الرئيس بجرائم مختلفة من بينها إغالة الدفلة والتأمر للتكليس على الولايات المتحدة الأمريكية.

يعبرون بصدق عن آرائهم، وإنما يترددون في الإدلاء بها، ويتحفظون من المسؤولية عنها، فلا تنقسم هذه الآراء بالموضوعية والتجرد، ولا يظفر رئيس الجمهورية بالنصيحة الصائبة التي يتخذ على ضوءها قراراته، ويتحمل المسؤولية عنها.

بيد أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية -مع تسليمها بأن السلطة التنفيذية امتيازاتها التي لا يجوز إنكارها- كان حكمها قاطعاً في أن امتيازاتها هذه مقيدة بحدود لا يجوز تخطئها، وهي تقيم قضاءها في ذلك على دعائم حاصلها:

أولاً: أن اتخاذ رئيس الجمهورية لقراراته ينبغي أن يقوم على التطويل الموضوعي لعناصرها على ضوء المفاضلة التي يجريها بين الآراء التي يطرحها عليه معاونوه -كما كان مضمونها أو درجة حدتها أو انتفاعها أو مساسها بآخرين- وكذلك بمراعاة حريتهم في أن يبيصروه بما يرونه صواباً في المسائل التي يناقشونها، وهم ولقون من كتمانها حتى لا يسائلهم أحد يوماً عنها.

ثانياً: أن الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية لضمان سرية أحواليه مع الدائرة الضيقة لمعاونيه، فلا تنتهبها أذان أو وسائل علمية تريد اختراقها، وإن كفل لرئيس الجمهورية أفضل الوسائل لتحديد خبراته، وتقرير السياسة التي يلتزمها في المسائل القومية؛ إلا أن هذا الامتياز ينبغي أن يتوازن بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ ظل تاريخياً قاعدة للحياة الأمريكية، وعلى الأخص في مجال إدارة العدالة الجنائية التي يحكمها مبدآن هما: أن يردع الجناة فلا يفلتوا من ذنوبهم، وأن يطلق سراح الأبرياء حتى لا يعانون *Guilt shall not escape or innocence suffer*.

ثالثاً: أن كل واقعة يقوم عليها الاتهام الجنائي يتعين إثباتها. وإغفال تحقيقها يضر بالعدالة الجنائية ويؤذيها فلا تقوم على ساقها. وعرض واقعة الاتهام بصورة مبسطة، أو إغفال أدلتها أو بعض جوانبها، لا يظهر حقيقتها، ولا يقيم الدليل على عناصرها.

رابعاً: أن سلطة الاتهام الوسائل الإلزامية التي تستطيع بها حمل الجته التي لديها دليل يتعلق بالتهمة الجنائية، على أن تقدم إليها هذا الدليل لنفيها أو لإثباتها. فإذا لم يكن لذلك الدليل من صلة بها، أو كان لا يجوز القبول به قلوباً؛ فإن حمل رئيس الجمهورية على تقديمه لا يجوز احتراماً من السلطة القضائية لحقوقه الثابتة في كتمان أحواليه مع معاونيه، حتى ما كان منها

محدود الأهمية. ذلك أن أحاديثه هذه قد تتناول عرضاً رؤساء دول أو زعماء بارزين . ويتعمّن كأصل عام حججها عن يريدون النفاذ إليها.

خامساً: كلما كان امتناع رئيس الجمهورية عن تقديم دليل يفيد في تحقيق للدعوى الجنائية، ولا يتصل بأسرار سياسية يجب الحفاظ عليها، ولا بضرورة يقتضيها الأمن القومي، فإن إخفاءه يناقض شرط الوسائل القانونية الملبية، ويهدر الوظيفة القضائية في أعقق توجهاتها، ويخل بما هو مقرر من أن لكل تهمة جنائية وإلزاماتها التي لا يتصور إثباتها أو نفيها إلا من خلال أدلتها. فضلاً عن أن المصلحة العريضة لرئيس الجمهورية في كتمان حواراته مع معاونيه، لا يجهضها أن تتصل المحكمة الجنائية بجزء محدود منها يرتبط بالاتهام الجنائي برابطة وثقى.

سادساً: أن الذين يعاونون رئيس الجمهورية في المهام التي يقوم عليها، لا يستردون في عرض آرائهم عليه عرضاً أميناً، لمجرد أن بعض جوابها التي تتصل بلتاهم جنائي قائم، قد يماط للثام عنها. وليس لأقوال رئيس الجمهورية وتعليماته وأحاديثه؛ حصانة تمتد إلى كل صورها حتى ما تعلق منها بدعوى جنائية لا يتصور الفصل فيها بغير أدلتها. وإنما يتعين موازنة امتياز رئيس الجمهورية في سرية أقواله وتعليماته وحواراته، بأثر هذه السرية في صورتها المطلقة على قواعد إدارة العدالة الجنائية لإفراء فعالة.

سابعاً: إذاً كان من الصحيح أن قدراً من السرية يتعين إضفاؤه على بعض الوثائق، أو على صور من الحوار بقدر تطق هذه السرية بمصالح جوهرية لها وزنها وصلتها بفعالية نهوض رئيس الجمهورية بمسؤولياته الجسام؛ وكان ولجبا على المحاكم جميعها أن توفر لرئيس الجمهورية كل توفير على صعيد المهام التي يتولاها؛ إلا أن من الصحيح كذلك أن إضفاء السرية المطلقة على كل وثيقة تتصل بعمل الرئيس، وكذلك في شأن كل حوار أجراه، هو تعميم غير جائز، خاصة وأن الدستور لا يكفل هذه السرية.

## ثانياً:

الامتياز المقرر للبرلمان في مجال الفصل في صحة عضوية أعضائه

٤٦٩- وإذا كان الحكم المتقدم مؤداه أن كل امتياز تدعيه السلطة التنفيذية لنفسها، ينبغي أن يتسند إلى نص في الدستور، وأن يباشر في الحدود التي يبينها؛ كذلك الأمر في شأن كل امتياز تطلبه السلطة التشريعية لنفسها.

ففي قضية *Powell v. McCormack*ثار النزاع أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية حول حق باول -وقد كان نائباً عن دائرته الانتخابية وفقاً للدستور- في الحصول على مقعده في مجلس النواب الأمريكي بعد أن اتهمه المجلس بأنه لقي أفعالا تعد انحرافاً سلوكياً عن واجباته كمعضو فيه، وحرمه بالتالي من هذه العضوية.

وقد طلب باول أن تصدر المحكمة العليا للولايات المتحدة حكماً تقريرياً بأن قرار حرمانه من مقعده، يُلغى الدستور.

وكان على هذه المحكمة أن تفصل في هذا الطلب على ضوء نص الفقرة الأولى من الفصل الخامس من المادة الأولى من الدستور الأمريكي الفيدرالي التي تجعل كلا من مجلس النواب ومجلس الشيوخ الفيدراليين، قاضياً في مجال الفصل في صحة أعضائه.

Each house shall be the judge of the qualifications of its own members.

وقد تبين للمحكمة المذكورة، أن هذه الفقرة إما أن تفسر باعتبار أن المقصود بها هو تخويل السلطة التشريعية الاختصاص بتقرير شروط العضوية ابتداءً، ثم النظر في شأن تولفها أو تخلفها فيما يدعي عضويته بها؛ وإما أن تفسر من منطلق قصر اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة العضوية على التحقق من استيفاء شروطها المنصوص عليها في المادة الأولى من الدستور الفيدرالي، والتي تنص على أن ثبوت صفة الشخص باعتباره نائباً مناطها أن يكون قد بلغ ٢٥ عاماً، وأن يكون ممتنعاً بجنسية الولايات المتحدة الأمريكية مدة لا تقل عن ٧ سنين، وأن يكون عند انتخابه من سكان الولاية التي اختير عنها.

No person shall be Representative who shall not have attained the age of twenty five years, and been seven years a Citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an Inhabitant of that State in which he shall be chosen

وقد اخذت المحكمة العليا الفيدرالية -على ضوء ما بأن لها من مقاصد آباء الدستور- إلى أن شروط الفصل في صحة العضوية في السلطة التشريعية، لا يحددها إلا الدستور. بما مقتضاه عدم جواز حرمان شخص منها، إذا تم انتخابه صحيحا في الدائرة التي يمثلها، واستوفى شروط العضوية التي صرح الدستور بها.

ذلك أن الديمقراطية النيابية قوامها اختيار هيئة الناخبين من يكون في رأيها من المرشحين أصحح لتمثيلها. ويظل هذا المبدأ جوهر الديمقراطية ومحورها، فلا يجوز أن تقيد السلطة التشريعية من مذهب، سواء من خلال تقليصها لدائرة الناخبين المؤهلين قانونا لمباشرة حق الاقتراع، أو عن طريق إهدار فرصهم في الاختيار أو تضيقها. ولئن جاز القول بأن مصلحة السلطة التشريعية في ضمان تماسكها، يغطيها غلبها لأعضائها الذين يخلون بواجباتهم أو طردهم عند الضرورة بأغلبية ثلثي أعضائها، إلا أن السلطة التشريعية تنقذ في مجال الفصل في صحة العضوية، بشروط الدستور التي تحكمها.

وبقدر نقبها بهذه الشروط يكون قرارها في شأن العضوية من المسائل السياسية التي لا تجوز مراجعتها فيها.

وفي عبارة صريحة تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، بأن ما تقرره من أن لباول حقا في أحد مقاعد السلطة التشريعية، ليس إلا تفسيرا للدستور لا يتوخى مناطق السلطة التشريعية أو الدخول في صراع معها. ذلك أن هذا التفسير يتصل بمباشرة الوظيفة القضائية التي تقوم في جوهرها على تحديد معنى النصوص القانونية وإعطائها دلالتها من خلال الخصومة القضائية. والقول بأن تفسير المحكمة العليا للدستور، قد يوقعها في حرج تعارض قضائيا في شأن الأعمال المطعون عليها مع قرار صدر عن السلطة التشريعية ذاتها، ويتعلق بكيفية فهمها لهذه الوثيقة نفسها، مردود بأن المحكمة العليا هي السلطة النهائية في تفسير أحكام الدستور، ويقتضيها النهوض بمسئوليتها هذه، ألا تتردد في بيان مضمون قواعده ومقاصدها فيما يجوز

الفصل فيه لضمانا من المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، وفق معايير الرقابة على الشرعية الدستورية ومستوياتها<sup>(١)</sup>.

---

(١) Powell v. McCormack 395 U.S. 486 (1969).

### المبحث السادس عشر

#### الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٤٧٠- كان قد دفع أمام المحكمة العليا بأن ما تنص عليه المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٣ من عدم جواز سماح أية دعوى يكون الغرض منها الطعن بطريق مباشر أو غير مباشر في أي قرار أو إجراء أو عمل صدر عن السلطة القائمة على تنفيذ أوامر فرض الحراسة، يعتبر من أعمال السيادة باعتبار أن ما توخاه هذا القرار بقتول هو صيانة نظام الدولة وسلامتها وحماية مصالحها العليا.

ولم تقبل المحكمة العليا هذا الدفع على أساس أنه وإن صح القول بأن قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ مما يدخل في نطاق الأعمال السياسية التي تنحصر عنها الرقابة القضائية باعتباره من الأعمال التي تتخذها الدولة في حدود وظيفتها السياسية للمحافظة على سلامتها وأمنها، إلا أن ذلك لا يصدق على التدابير التي تتخذها الجهات القائمة على تنفيذ الأوامر الصادرة بفرض الحراسة على أموال بعض الأشخاص، والتي حصنتها المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٩ لسنة ٦٣ ضد الطعن. ذلك أن هذه التدابير لا تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، وإنما تندرج في إطار الأعمال العادية للحكومة، ومن ثم تتبسط عليها رقابة القضاء.

وتوصل المحكمة العليا نظرية أعمال السيادة مقررّة أنها هي التي تتخذها الدولة في نطاق وظيفتها السياسية بقصد صون أمنها وسلامتها، وأن مرد الأمر فيها هو إلى طبيعتها، ولا اعتماد بالتالي بأوصافها أو كيوفها التي يظلمها المشرع عليها، متى كانت خصائص هذه الأعمال تكافي أوصافها وكيوفها هذه، وتهدر أحد الحقوق التي كفلها الدستور.

وترد المحكمة العليا نظرية الأعمال السياسية إلى مفاهيم أعمال السيادة، وتعتبرها من تطبيقاتها. وهي بذلك تنقل أعمال السيادة التي يتحدد مجالها أصلاً في نطاق أعمال الإدارة، إلى مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية<sup>(١)</sup>.

(١) "محكمة عليا" الدعوى رقم ٥ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٧٦ - قاعدة رقم ٣٦ - من ٤١٤ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية وقرارات التصير.

ولم تكن المحكمة العليا في حاجة إلى إرجاع نظرية الأعمال السياسية إلى نظرية أعمال السيادة التي تتفصل عنها في مجال تطبيقها. وكان حسبها أن ترد نظرية الأعمال السياسية إلى جذورها في القضاء المقارن للشرعية الدستورية، ولكنها لم تعباً بتقصيه، وأغنتها عنه الأطول الجاهزة لنظرية أعمال السيادة المعمول بها في القضاء الإداري الفرنسي، واعتبرتها نظرية كافية كي تقوم عليها نظرية الأعمال السياسية، كفرع لنظرية أعمال السيادة التي عرفتها القوانين المنظمة للسلطة القضائية في مصر، وكذلك للقوانين المنظمة لمجلس الدولة بها.

ولم تكن هذه الأطول الجاهزة كافية أو صالحة لتقوم نظرية الأعمال السياسية على عدها، وعلى الأخص بالنظر إلى أن المعايير التي اعتمدها القضاء المقارن للشرعية الدستورية في شأن تحديد خصائص الأعمال السياسية، مختلفة في مضامينها وأسسها، عن العوامل التي تقوم عليها نظرية أعمال السيادة التي لا تتوخى غير إسباغ الحصانة على أعمال تصدر عن الإدارة بوصفها سلطة حكم، وهو تعبير شديد الغموض، ويتسم بالافتقار إلى التحدد الواضح للعناصر التي يقوم عليها.

٤٧١- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا في السنين الأولى لإثباتها، نظرتها إلى الأعمال السياسية بوصفها فرع لنظرية أعمال السيادة التي ترد جذورها إلى القضاء الإداري الفرنسي، وإلى أساسها التشريعي في القوانين المنظمة للسلطة القضائية ومحاكم مجلس الدولة في مصر. ورددت المحكمة الدستورية العليا بذلك، المفاهيم ذاتها التي اعتنتها المحكمة العليا من قبل ولم ترد عليها شيئاً<sup>(١)</sup> سوى ما قرره في حكمها الصادر في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ٤ ق "دستورية" من أن المسائل السياسية تحد المجال الحيوي والطبيعي لنظرية أعمال السيادة التي تنبذ من مبدأ الشرعية وسيادة القانون كأصل عام يحكم الرقابة على دستورية القوانين<sup>(٢)</sup>.

غير أن المحكمة الدستورية العليا لم تثبت أن علنت إلى التقييم الصحيح لنظرية الأعمال السياسية وذلك من خلال فصلها -بصورة نهائية- بين نظرية أعمال السيادة التي لا تطبق

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية دستورية - جلسة ٢٥ من يونيو ١٩٨٣ - قاعدة رقم ٢٢ ص ١٥٥ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا.

(٢) صدر هذا الحكم بجلستها المعقودة في ٢١ يناير ١٩٨٤ - قاعدة رقم ٢ - ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكامها

أصلا على الأعمال التشريعية، وبين نظرية الأعمال السياسية التي تعتبر الأعمال التشريعية مجالها الطبيعي والدائرة المنطقية لتطبيقها. وتقيم هذه المحكمة مفهوما لنظرية الأعمال السياسية، على عدد من الدعام أبرزها<sup>(١)</sup>.

١. أن الرقابة على الدستورية تجد أساسها -وكأصل عام- في مبدأ الشرعية ومبدأ القانون وخضوع الدولة لأحكامه، وأنه استثناء من هذا الأصل جرى قضاء المحكمة للدستورية العليا على استبعاد الأعمال السياسية من مجال هذه الرقابة القضائية تأسيسا على أن طبيعة هذه الأعمال تلبي أن تكون محلا لدعوى قضائية ومن ثم تعتبر الأعمال السياسية كذلك بالنظر إلى طبيعتها، ولا شأن لها بأوصافها التي قد يلعبها المشرع عليها، متى كانت تتساقط خصائص هذه الأعمال ومقوماتها.

٢. أن استبعاد الأعمال السياسية من ولاية المحكمة الدستورية العليا إنما يأتي تحقيقا للاعتبارات السياسية التي تقتضي -بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالا وثيقا أو بسيادتها في الداخل أو الخارج- النأي بها عن الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا مما تقتضي منح الجهة القائمة بهذه الأعمال -سواء كانت هي السلطة التشريعية أو التنفيذية- سلطة تقديرية أوسع في مداها، وأبعد في نطاقها تحقيقا لمصالح الوطن وسلامته، فلا ترجعها فيها جهة قضائية، خاصة وأن تقصيصها يستلزم توفير معلومات وتضوابط وموازين تقدير لا تتاح لها، فضلا عن عدم ملاءمة طرحها عليها بصورة علنية.

٣. أن المحكمة الدستورية العليا هي التي تحدد ما إذا كانت المسائل التي تنظمها النصوص المطعون عليها، تعتبر من المسائل السياسية التي تخرج عن ولايتها، أم أنها لا تعتبر كذلك فتتسبب عليها رقابتها.

(١) دستورية عليا قضائية رقم ١ لسنة ١٤ قضائية دستورية \* -قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - من ٢٧٦ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا.

٤. أن نظرية الأعمال السياسية كقيد على ولاية المحكمة الدستورية العليا، تجد معظم تطبيقاتها في ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية بأكثر مما يقع في الميدان الداخلي، نظرا لارتباط الميدان الأول بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا.

٥. ليس صحيحا على الإطلاق القول بأن كل معاهدة دولية وأيا كان موضوعها -تعتبر من الأعمال السياسية- ذلك أن المعاهدات الدولية المخصوص عليها في المادة ١٥١ من الدستور والتي يتعين عرضها على السلطة التشريعية والحصول على موافقتها عليها، لا تعتبر بناء على مجرد عرضها على السلطة التشريعية، والحصول على موافقتها عليها -على ضوء هذا الاعتبار وحده- من الأعمال السياسية. ومرد ذلك أن استبعاد بعض الأعمال من مجال الرقابة على الدستورية مرجعه إلى طبيعتها، لا إلى إجراءات القبول بها أو التصديق عليها.

٤٧٢- على أن قضاء المحكمة الدستورية العليا المشار إليه، وإن فصل المسائل السياسية عن نظرية أعمال السيادة -هو اتجاه محمود - إلا أن الضوابط التي أرستها هذه المحكمة لتحديد ماهية الأعمال السياسية، تقتصر إلى الوجود، وتتلفض كذلك اتجاه القضاء المقارن في شأن المعايير التي تتحدد على ضوءها هذه الأعمال، وذلك من لوجوه الأتية:

١. أن مجرد اتصال بعض الأعمال بالمصلحة السياسية العليا، لا يكفي لاعتبارها من المسائل السياسية.

٢. أن المسائل السياسية لا تعتبر كذلك لاحتوائها على عناصر سياسية، ولا لأن جانباً من ملامحها من طبيعة سياسية. وإنما يتحدد وصفها باعتبارها كذلك، على ضوء عدد من الضوابط التي تتوخى حصر مفهومها في دائرة ضيقة.

٣. أن نظرية الأعمال السياسية لا يجوز خلطها بالأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة، والتي تخولها سلطة اتخاذ تدابير من نوع خاص تنقسم بمرورها، وواقعيتها، وبضرورتها ويقدرتها على أن ترد عنها -ربقدر كبير من الحسم- مخاطر من طبيعة استثنائية. ومن ثم تحيطها مشروعية استثنائية من جنسها ترتبط بالضرورة التي تقتضتها.

وكان منطقياً بالتالي أن تخول السلطة التنفيذية حرية أكبر في مجال تقدير هذه الأوضاع الاستثنائية، وتقرير الحلول التي تلزمها. ولا كذلك الأعمال السياسية التي لا شأن لها بحرية أكبر يدخلها القضاء للسلطة التنفيذية أو التشريعية. وإنما تخرج هذه الأعمال بتمامها عن مجال الرقابة على الدستورية، لا لأن تصرفها بقدر كبير من الحرية يوفر للفرص الأفضل لإجرائها، وإنما لأن سلطة اتخاذ القرار النهائي في شأنها تدخل - أحياناً - في نطاق الاختصاص المنفرد للسلطة التنفيذية أو التشريعية، بناء على نص في الدستور. فلا يجوز بالتالي أن تراحمها جهة رقابة على الدستورية في تقدير ملاءمة هذا القرار، ولا أن تلتفتها في مضمونه. وإنما تستقل هاتان السلطاتان، أو إحداها به، وبصفة نهائية.

٤. أن المسائل السياسية لا تتحدد بالنظر إلى نوع المصالح التي تحميها، ولا على ضوء درجة أهميتها، وإنما لاعتبار معين كامن فيها، كلن تكون موازين ومعايير تقييمها ومستوياتها، غير متوافرة لجهة الرقابة على الدستورية.

وهذا المعيار الأخير هو ما قام عليه قضاء المحكمة الدستورية في شأن القرار بقتلون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ الذي توخى تكريم الأشخاص الذين عليهم المشرع من قادة حرب أكتوبر، تقديرًا لدورهم في التخطيط للعمليات الحربية وإدارتها. وتحقق هذا التكريم من خلال المزايا المالية والمعنوية التي كفلها لهم. إلا أن أحد القادة الذين لم يشملهم التكريم، طعن بعدم دستورية هذا القانون باعتباره أحق من المكرمين بالتقدير، وأن حرمانه من المزايا التي نص عليها ذلك القانون، مؤداه مخالفة أحكامه لنصوص المواد ٢ و ٩ و ١٢ و ١٣ و ٤٠ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وكان على المحكمة الدستورية العليا أن تفصل في دعواه هذه، إما من منطلق أن القادة الذين شملهم القانون المطعون عليه بمزاياه، هم هؤلاء الذين رتبهم هذا القانون فيما بينهم على ضوء أقدّميتهم الوظيفية - وهو ما لم يفعله المشرع - وعندئذ يكون المدعى أحق منهم في الحصول على هذه المزايا باعتباره أسبقهم في التحعين؛ وإما أن يكون ذلك القانون قد اختص من كرمهم بتلك المزايا على ضوء عناصر موضوعية مردها إلى جهدهم في القتال إعداداً وتكريماً وتنفيذاً.

(١) "دستورية عليا" - قضية رقم ١٩ لسنة ١٤١٤ق "دستورية" - جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٩ - ص ٥٩٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وتفترض هذه العناصر الموضوعية، أن يكون المشرع قد حددها سلفا وأبان عنها تفصيلا حتى ترلقبه المحكمة الدستورية العليا في كيفية تطبيقها.

ولكن المشرع لم يقدم بالقانون المطعون فيه شيئا من هذه المعايير الموضوعية التي تدور حول عناصر التفوق والتميز في فنون القتال. وهي عناصر يتعذر على المحكمة الدستورية العليا أن تستخلصها بنفسها، أو أن تحدد ضوابطها. ولا تتوافر لديها فضلا عما تقدم، مقاييس تقدير أعمال القادة جميعهم وتقييمها فيما بينهم، حتى تعيد تصنيفهم، وتقرر أولاهم بالترتيب.

ذلك أن تقييمها لدور كل منهم في العمليات الحربية، يتعلق ابتداء وانتهاء بأسلوب إدارتها وبطرائق تنفيذ خططها، ويقتدر جهد كل من القادة فيها، وهو مالا تختص به المحكمة الدستورية العليا.

وظاهر من الرجوع إلى هذا الحكم، أنه وإن خلا من أية إشارة إلى نظرية الأعمال السياسية سواء في ماهيتها أو نطاق تطبيقها، إلا أن بنين حكمها قام على أحد معايير هذه الأعمال ممثلا في انتقاء موازين التقدير الموضوعية في شأن المسائل الدستورية التي أثارها الخصومة الدستورية. ذلك أن موضوعها يتعلق بتقييم الأعمال القتالية على امتداد مراحلها، وتحديد قدر إسهام كل من القادة في عملياتها. وجميعها مسائل لا تقبل الفصل قضائيا فيها Non-justiciable Questions.

٤٧٣- وفي مصر -وعلا بنص المادة ١٥١ من الدستور- تكون لكل معاهدة دولية بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، قوة القانون.

ويتعين بالتالي إخضاعها للقواعد ذاتها التي تحكم الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن القوانين بمعنى الكلمة التي تقرها السلطة التشريعية، سواء من جهة الأوضاع للشكالية التي يتطلبها الدستور في المعاهدة الدولية، خاصة ما يطبق منها بأوضاع إبرامها والتصديق عليها ونشرها. أم من ناحية اتفاق القواعد التي احتوتها المعاهدة في مضمونها مع قواعد الدستور في محتواها.

ولأن المعاهدة التي يتم إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، تعتبر في قوة القانون، فإن اتفاقها مع الدستور مؤداه ضرورة للنزول على أحكامها، ووجوب تفسيرها في إطار من حسن النية، ووفقا للمعنى للمعتاد لعبارةها، في السياق الواردة فيه، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو أغراضها. وذلك عملا بنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تعتبر مصر طرفا فيها، والتي تلزمها بأن تنتظر أصلا إلى أحكام المعاهدة في مجموعها باعتبارها كلاً لا ينقسم، ووحدة غير قابلة للتجزئة، أساسها أن التكامل بين نصوصها كان من العوامل الجوهرية التي أدخلتها الدول أطرافها في اعتبارها عند التفاوض عليها والدخول فيها أو التصديق عليها أو الانضمام لها.

فلا يكون الأصل في تطبيق المعاهدة الدولية التي تكون مصر طرفا فيها غير النظر إليها بوصفها وحدة عضوية متكاملة أجزاؤها، وتترابط أحكامها بما يحول دون فصل بعضها عن بعض.

ويظل هذا الأصل قائما في المعاهدة الدولية، ما لم يكن موضوعها ينظم مسائل مختلفة لكل منها ذاتيتها، فلا تنتظمها وحدة تجمعها. وإما يتميز كل جزء من أجزاء المعاهدة بكيانه الخاص، فلا يختلط بغيره، أو يندمج فيه، أو يتصل به، بما يؤكد استقلال كل جزء من أجزاء المعاهدة عن الآخر.

ومن ثم لا ترتبط النصوص التي تنظمه بغيرها، بل يجوز فصلها عن سواها بشرطين:

أولهما: ألا يكون قبول الدول الملتزمة بالمعاهدة، لأحكامها في مجموعها، من الشروط الجوهرية التي ارتضتها وقت إبرامها أو التصديق عليها أو الانضمام لها، فلا يكون ضمان وحدتها العضوية، إلا شرطا لإرضائها بالمعاهدة.

ثانيهما: ألا يكون المضي في تنفيذ المعاهدة على ضوء ما بقي من نصوصها بعد فصل بعض أجزائها عنها، مجافيا للعدالة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة ٤٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

إذا لم يتحقق أحد هذين الشرطين، تعين أن يكون الأصل في المعاهدة الدولية، هو تطبيقها في مجموع أحكامها.

٤٧٤- وهذه القواعد ذاتها، هي التي طبقها المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية. فقد نازع المدعي في هذه الدعوى، في دستورية الاتفاقية التي أبرمتها مصر مع اليونان بقصد تقرير تسوية نهائية لحقوق اليونانيين الناشئة عن تدابير الحراسة وقوانين التأميم، وكذلك قوانين الإصلاح الزراعي الصادرة بالاستيلاء على أراضيهم.

وأسس المدعي دعواه، على أن الأصل في هذه الاتفاقية هو سريلانها على من يقبلون بأحكامها في جملتها، فإذا كان ما ارتضوه مقصودا على بعض أجزائها، فإن ما رفضوه من أحكامها لا يكون ساريا بالنسبة إليهم.

وإذ قبل المدعي التعويض المقرر في هذه الاتفاقية عن قوانين التأميم وقوانين الإصلاح الزراعي، دون التعويض المقرر بها عن تدابير الحراسة التي اتخذتها الدولة في شأن اليونانيين، وما اتصل بها من بيعها لأموالهم؛ وكان تطبيق تلك الاتفاقية في شأنهم من طبيعة اختيارية؛ فقد تعين الرجوع في شأن التعويض عن تدابير الحراسة -لا إلى الاتفاقية المشار إليها- بل إلى القاعدة العامة في التعويض عن هذه التدابير المنصوص عليها في القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تقبل بوجهة نظره -لا لأن الاتفاقية المصرية اليونانية تعتبر من المسائل السياسية التي لا يجوز الفصل قضائيا فيها- وإنما تأسيسا على دعائمين آخرين:

أولهما: أن هذه الاتفاقية تعتبر في مجموع أحكامها صفقة واحدة متكاملة العناصر، متحدة الأجزاء، تتصل حلقاتها ولا تنفصل مكوناتها.

ذلك أنها تبلور القواعد التي ارتكبتها الحكومتان المصرية واليونانية نطاقا لتسوية نهائية وشاملة لعناصر التعويض التي يستحقها اليونانيون قبل الحكومة المصرية عن القوانين الصادرة في شأنهم، والمؤثرة في مصالحهم، سواء في مجال التأميم أو تدابير الحراسة أو قوانين

الإصلاح الزراعي، ليحدد التعويض المقرر بها نطاق حقوقهم، فلا يكون مقداره إلا منبها لكل نزاع حولها، ومبرنا نمة للحكومة المصرية في مواجهة الحكومة اليونانية ورعاياها.

ثانيتهما: أن ادعاء رعية يونانية بأن من سلطته أن يختار من الاتفاقية المصرية اليونانية، ما يراه من قواعد كافلا لمصلحته، إنما ينحل إلى تعديل لها من خلال نقض الأسس التي تقوم عليها، وبما يعطل تنفيذ المعاهدة التي ترتبط فعاليتها، وتحقيقها لأغراضها، بتطبيقها في مجموع أحكامها.

وهو تعديل لا يختص به غير الدولتين المتعاقبتين. ومناط صحته، تراضيهما معا على إجرائه، خاصة وأن من المقرر وفقا لقواعد القانون الدولي العام، أن لكل دولة في علاقتها بالدول الأخرى، السلطة الكاملة التي تؤثر بها -ومن خلال معاهدة تبرمها- في نطاق الحقوق المقررة لمواطنيها سواء في إطار حق الملكية، أو في مجال الحقوق الشخصية.

وتعتبر هذه السلطة الكاملة موازية لحقها ولواجبها في أن توفر الحماية لمواطنيها، وإن كان سريان الحقوق التي رتبها المعاهدة الدولية، وكذلك كل التزام نشأ عنها، إنما يقتصر على الكول أطرافها في العلاقة فيما بينها. فلا يكون التنظيم للولد بها بالتالي -وَلْيَا كَانَ مضمونه- منصرفا إلى مواطنيها.

وما تقدم مؤداه، أن المحكمة الدستورية العليا لا تفصل في دستورية المعاهدة الدولية لتقرير صحتها أو بطلانها، إلا بافتراض أن أحكامها لا تؤثر مسائل سياسية بطبيعتها، وإلا كان عليها أن تحكم بعدم اختصاصها بنظرها لاندرجها في إطار المسائل التي لا يجوز الفصل قضائيا فيها.

٤٧٥- وتعطينا القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية، مثالا لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن الأعمال السياسية.

وتتحصل واقعتها في أن مصر دخلت مع بعض الدول العربية -وفي نطاق أغراض الدفاع المشترك- في اتفاقية دولية تنظم انتقال جيوشها فيما بينها. وكان مجلس الدفاع المشترك في جامعة الدول العربية قد وافق عليها في ١٩٦٥/٩/١١.

ووفقاً لأحكام هذه الاتفاقية، لا يخضع رجال القوات الحليفة بالنسبة إلى الجرائم التي يرتكبوها على إقليم الدولة المضيفة؛ لغير الولاية المطلقة لمحاكمهم الوطنية، على أن تختص بالفصل في أية منازعة تنشأ بينهم وبين الغير حول التزاماتهم القانونية، أو الأضرار التي لحقتها بالأشخاص أو بالأموال -وبوجه عام- هيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية. وقد أحالت محكمة جنوب القاهرة هذه الاتفاقية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورها على ضوء ما ظهر لها بصفة مبدئية، من أن حرمانها المصريين من اللجوء إلى قاضيهـم الطبيعي في شأن أية منازعة تنشأ بينهم وبين القوات الحليفة، يعتبر مخالفاً لنص المادة ٨٦ من الدستور.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تقبل وجهة النظر هذه، مقررّة أن هذه الاتفاقية قد أبرمتها مصر في إطار الجامعة العربية تنظيماً لأوضاع الدفاع المشترك بين دول هذه الجامعة، وأن ما توخته مصر من الدخول فيها هو الحفاظ على كيانها وتأمين سلامتها وصون أمنها الخارجي.

ومن ثم تعد أحكام هذه الاتفاقية من أعمال السيادة<sup>(١)</sup> التي تحصر عنها الرقابة القضائية عن الدستورية بالنظر إلى اتصال موضوعها بعلاقاتها الدولية، وتعلقها بمصالحها العليا<sup>(٢)</sup>.

بيد أن ما يلاحظ على هذا الحكم، هو إصراره في تطبيق نظرية الأعمال السياسية وبمسطها على أحكام الاتفاقية المشار إليها جميعها، حتى ما تعلق منها بالحقوق المدنية التي يطلبها المصريون توكيهاً على أضرار ألحقها بهم القوات الحليفة أو أحد رجالها.

ذلك أن معاقبة أفراد القوات الحليفة -حفاظاً على تماسكها ودعم قدراتها القتالية- أمام محاكمهم الوطنية عن الجرائم التي يرتكبوها في مصر، وإن جاز أن يرتبط بالأغراض النهائية التي توختها هذه الاتفاقية التي تم إبرامها في إطار تدبير الدفاع المشترك بين دول الجامعة العربية، إلا أن الحقوق المدنية التي يطلبها المصريون منهم، لا يدخلها هذا الاعتبار، إذ هي محض تمويض عن أضرار ألحقها بهم أحد رجالها، وتقع بالتالي في نطاق مسئوليتهم المدنية لا الجنائية.

(١) القضية رقم ٤٨ لسنة ٤٢ق "دستورية" جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤-قاعدة رقم ٣- ص ٢٢ من المجلد الثالث من مجموعة أحكامها.

٤٧٦- وفي الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق دستورية -التي كان المدعى فيها قد طعن بحكم دستورية المواد ١٢٩ و١٣٠ و١٥١ من اتفاقية تأسيس البنك العربي الدولي- (١) تقرر المحكمة الدستورية العليا أن هذه الاتفاقية لا تعتبر من الأعمال المياسية، وأن القسّص في دستورها يقتضي ابتداء التحقق من توافر متطلباتها الشكلية المنصوص عليها في المادة ١٥١ من الدستور.

ولا يجوز بالتالي أن يقتصر نطاق الطعن على المواد المشار إليها، وإنما يتعداه إلى الفصل في دستورية قرار رئيس الجمهورية الصادر بالموافقة على الاتفاقية المشار إليها. هذا من جهة. ومن ناحية ثانية، فإنه فيما يتعلق بالمطاعن الموضوعية، فإن مصلحة المدعى تنحصر في الطعن على دستورية المادة ١٥ من هذه الاتفاقية، وذلك فيما تضمنته من عدم مريان قانون العمل على العاملين في البنك المنشأ وفقاً لأحكامها.

وتؤسس المحكمة حكمها في الموضوع، على أن الاتفاقية المشار إليها، ليس فيها ما يفيد حرمان المدعى من حق التقاضي ولا من ضماناته، ولا من شرط الخصاصة القانونية المتكافئة المنصوص عليهما في المادتين ٤٠ و٦٨ من الدستور؛ وأن ما تقرر لهذا البنك من المزايا كالحصانة من الإجراءات القضائية المقررة لموظفيه فيما يقومون به من أعمال بصفتهم الرسمية، وكإعفاء غير المواطنين العاملين بالبنك من قيود الهجرة، ومن شرط تسجيلهم ومن تحويل حقوقهم إلى مواطنهم الأصلي؛ كل ذلك لا يفيد أن الاتفاقية المشار إليها تعتبر من الأعمال المياسية، وإن جاز القول بأنها تخول البنك المذكور مركزاً قانونياً مختلفاً عن غيره من البنوك العاملة في القطاعين العام والخاص (٢).

(١) القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ ق دستورية جلسة ١٩ يونية ١٩٩٣ -قاعدة رقم ٣١ - ص ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس. هذا وكان المدعى قد طلب في دعواه الموضوعية إلغاء قرار نقله إلى القاهرة، وترقيته إلى الشريحة السابعة بالبنك وتعيينه عما أصابه من ضرر من جراء الفصل.

(٢) قضت المحكمة بانتفاء مصلحة المدعى في الطعن على المواد ١٢٩ و١٣٠ من اتفاقية تأسيس البنك التي تقضي: أولاً: بما يحكم جواز تعيينه أو مصلحته أو ماله أو فرض الحراسة عليها أو على المبالغ المودعة به.

وثانيهما: بعدم خضوع هذا البنك لقوانين وقواعد الرقابة والتفتيش القضائي أو الإداري أو المحاسبي. وثالثهما: بضمن سرية حسابات المودعين، وعدم جواز اتخاذ إجراءات الحجز القضائي والإداري عليها.

ولا كذلك المادة ١٥ من هذه الاتفاقية التي تقضي بعدم مريان قوانين العمل الفردي والقواعد المنظمة للسفر وللجور في الحكومة أو القطاع الخاص على العاملين بالبنك، إذ اعتبرتها المحكمة متصلة بطلباته الموضوعية، وذلك فيما تضمنته من عدم مريان القوانين المنظمة لحق العمل الفردي عليه.

## ٤٧٧- وما تقدم مؤداه:

أولاً: أن نظرية الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا شابهها خلط كبير بينها وبين نظرية أعمال السيادة إلى حد المزج بين هاتين النظريتين واعتبار ثانيتهما أصلاً لأولاهما.

ثانياً: أن هاتين النظريتين كلتاهما تخرجان للمسائل السياسية وأعمال السيادة، من الولاية القضائية، ذلك أن المسائل التي تدرج تحتها لا يجوز الفصل قضائياً فيها.

ثالثاً: أن هاتين النظريتين لا تبلوران انحرافاً في استعمال السلطة، ولا مجاوزة للحدود التي فرضها الدستور تخوماً لمباشرتها.

ولكنهما يقعان في إطار المشروعات القانونية والدستورية، وإن تحين دوماً ضبطهما في حدود ضيقة حصراً لدائرة تطبيقهما في نطاق مفهوم ومبرر:

رابعاً: أن المسائل السياسية تغاير في جذورها ومضوابطها وتطبيقاتها، أعمال السيادة. ويتعين بالتالي فصلها كلية عنها.

### الفصل الخامس والعشرون

#### الرقابة القضائية على الدستورية، والتفسير التشريعي للقانون

##### المبحث الأول

##### اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي

٤٧٨- تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها -وعلا بنص المادة ١٧٥ من الدستور- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتبشر كذلك سلطة تفسير النصوص القانونية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ومن ثم تفرد بولايتها في مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية، فلا يزاحمها أحد فيها، وإنما تستقل بها وتنهض وحدها بمسئوليتها.

ولا كذلك تفسيرها للنصوص القانونية تفسيراً تشريعياً. ذلك أن الأصل في هذا التفسير، هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها، إذ هو اختصاصها الأصلي. فلا تعهد به إلى جهة غيرها إلا بصفة استثنائية، ووفق الأوضاع والشروط التي تحددها.

ومن ثم لا يباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصاتها بتفسير القانون تفسيراً تشريعياً، إلا في حدود التفويض الصادر لها بذلك من السلطة التشريعية.

##### ٤٧٩- ويُتفرع عن ذلك أمران:

أولهما: أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي، لا يحول دون إقرار السلطة التشريعية لقوانين تحدد بها مقاصدها من النصوص القانونية التي تفسرها، وذلك إذا لم تكن المحكمة الدستورية العليا قد ضررتها قبل تفسير السلطة التشريعية لها. ذلك أن صدور قرار بالتفسير عن المحكمة الدستورية العليا في شأن نصوص قانونية بذواتها، موداه أن هذا القرار حدد بصورة نهائية مقاصد المشرع من هذه النصوص. فلا يكون تجليتها لإرادة المشرع التي صاغ تلك النصوص على ضوءها، غير تحديد لمضمون هذه الإرادة دون تحوير لها.

وإذا كان من غير المتصور أن يكون للسلطة التشريعية أكثر من إرادة في شأن النصوص القانونية عينها، فقد صار لازماً أن تكون الإرادة الموجهة لهذه النصوص، والتي أهمتها مضمونها، هي ذاتها في كل أحوالها وتطبيقاتها. وكلما كان إعلان المحكمة الدستورية العليا عن

هذه الإرادة، سابقا على قانون أنصح عنها؛ فإن قرار المحكمة يقيد السلطة التشريعية، ويحول دون استصفائها لهذه الإرادة من جديد.

فإذا عبر عن مقاصد المشرع، قانون نقض تفسيراً تشريعياً صدر عن تلك المحكمة، تعين أطراح هذا القانون. ولا كذلك أن نقض السلطة التشريعية عن حقيقة مقاصدها من قانون معين، قبل أن تفسره المحكمة الدستورية العليا تفسيراً تشريعياً. ذلك أن للتفسير للصادر عن السلطة التشريعية، يعتبر قاطعاً بحقيقة إرادتها التي ألهمتها تشكيل نصوص هذا القانون. فلا يجوز أن تتحراها للمحكمة الدستورية العليا من جديد. بما مؤده أن النصوص القانونية لا توجهها إلا إرادة واحدة لا تتحد أو تنقسم<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: أن التفسير التشريعي -وإيا كانت الجهة التي تتولاه- ليس بتفسير قضائي. ذلك أن التفسير القضائي، لا يزيد عن أن يكون اجتهاداً قضائياً ينور حول مضمون نص قانوني في نزاع مطروح على المحكمة ولا يتعلق بالتالي بغير الخصومة التي صدر فيها، ولا يقيد غير أطرافها، ولا يجوز أن يفرض في خصومة غيرها، ولو كان التماثل بين الخصومتين كاملاً.

كذلك لا يحسم التفسير القضائي الجدل حول حقيقة مقاصد المشرع من النصوص المفسرة، ولا ينهيه بصفة باترة، ولو تواتر القضاء على اعتناق هذا التفسير، وانعقد إجماعهم على صحته. إذ يظل للسلطة التشريعية أن تصدر قانوناً تفسيرياً، تنقض به هذا القضاء المتواتر. ويكفيها في ذلك أن تقرر أن المحاكم لم تسبئن قصدها من التشريع المفسر.

وعلى أية حال يحسم التفسير التشريعي بصفة نهائية كل جدل حول حقيقة إرادة المشرع التي أقام على ضوئها بنیان النصوص محل التفسير. فلا يكون الخوض فيها من جديد، إلا انتحالا

(١) ومن ثم يكون خطأ ما قرره المحكمة الدستورية العليا من أن اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية لحقها في إصدار التفسيرات التفسيرية بصداء أو بالمخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من التفسير. ووجه الخطأ أنه وإن جاز القول بأن السلطة التشريعية أن تصدر تشريعات تفسر به بعض النصوص القانونية التي لم يصدر بتفسيرها قرار من المحكمة الدستورية العليا، إلا أن صدور هذا القرار عنها يحجب السلطة التشريعية عن أن تصدر تشريعات تفسيرية تنقض القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا، ويأتي بتفسير جديد، إذ ينطلق الطريق أمامها بعد صدور القرار التفسيري عن المحكمة.

لإرادة غير التي حددت مضامين هذه النصوص. يؤيد ذلك، أن القرار المفسر للنصوص القانونية تفسيرا تشريعا، لا ينفصل عن هذه النصوص، وإنما يتنمج فيها ويصير جزءا لا يتجزأ منها. وكان النص المفسر قد صدر منذ ميلاده في الصورة التي آل إليها بعد التفسير. وما ذلك إلا لأن قرار التفسير ينطق بمقاصد المشرع من النص للمفسر. ولا يتصور أن تنفصل هذه المقاصد عن اللحظة الزمنية التي ولد النص فيها.

### المبحث الثاني

#### الشروط الإجرائية والموضوعية للتفسير التشريعي

##### وفق قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>

٤٨٠- سلطة التفسير التشريعي التي خولتها المادة ١٧٥ من الدستور للمحكمة الدستورية العليا، هي التي حددتها المادتان ٢٦ و ٣٣ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

ذلك أن أولى هاتين المادتين تتعلق بالشروط الموضوعية لهذا التفسير. أما ثانيتهما: فقد بين بها هذا القانون شروطه الإجرائية. وأيا كان أمر هذه الشروط بوجهيها، فإن طلب التفسير لا ينحل إلى خصومة قضائية تتناقض بشأنها مصالح أطرافها من جهة تتزاعم الحقوق التي يدعونها فيها ويطلبونها لأنفسهم؛ ونضالهم لتقرير هذه الحقوق أو نفيها، بما يجعلهم غراما لكل منهم وجهة هو مولوها، ورفقاء تتصادم مواقفهم ومصالحهم تعبر عن حدة النزاع القائم بينهم. ذلك أن هذا الطلب يدور ابتداء وانتهاء حول استكفاء الإرادة التي أضمرها المشرع، وصاغ على ضوئها النصوص القانونية المطلوب تفسيرها.

فلا يكون عمل المحكمة الدستورية العليا غير تحديد لماهيتها من خلال الاعتماد على كل العوامل التي تعينها على التوصل إلى حقيقتها؛ كالأعمال التحضيرية التي تتصل بالنصوص القانونية محل التفسير؛ والوثائق التاريخية التي عاصرتها أو تقدمتها، وكان لها شأن في بلورة هذه النصوص، أو التمهيد لها، أو الإحياء بها؛ وبمراعاة أن تفسير النصوص القانونية تفسيرا تشريعا، لا يجوز تعديل مقاصدها؛ أو تقويض بنيانها؛ أو تحريفها. وإنما تحمل النصوص القانونية التي تقرها المحكمة الدستورية العليا تفسيرا تشريعا، على حقيقة ما أراد المشرع منها وتوخاه بها. ذلك أن المشرع لم يصبها في فراغ، ولم يلهمها وجودا تصوريا، أو يتخذها هزوا. وإنما أراد بها أن يغير ولقما قائما، فلا يكون ما قصده المشرع منها إلا عين الموضوع محل للتفسير.

والمحكمة الدستورية العليا بذلك لا يعنيها أن يكون المشرع قد نقض أو تنقيد بالمستور في النصوص القانونية التي تقرها. وإنما حصنها أن تباشر ولايتها في مجال هذا التفسير بأن

(١) القضية رقم ١ لسنة ١٦ ق/تفسير - جلسة ١٩٩٥/٤/١٥ - قاعدة رقم ١ - من ٦٧٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

تستظهر الإرادة التي انطلق منها النص القانوني محل التفسير، وأن تستخلصها في حقيقة معيها، في اللحظة الزمنية التي أنشأها المشرع فيها، وهي لحظة تلبس تكوينها، ولو كان تطبيقها قد باعد بينها وبين ما توخاه المشرع من وراء صياغتها.

ومن ثم يكون طلب التفسير التشريعي المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وفقا لنص المادتين ٢٦ و ٣٣ من قانونها، طلبا في غير خصوصية قضائية، مقيدا بالشروط الإجرائية والموضوعية التي فرضها قانون المحكمة الدستورية العليا في شأنه، ومقصورا على الخوض في مقاصد المشرع من النصوص القانونية التي يتعلق بالتفسير بها، وناتجا عن الفصل في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

### المطلب الأول

#### الشروط الشكلية لطلب التفسير التشريعي

٤٨١- وتختصر الشروط الشكلية أو الإجرائية لطلب التفسير فيما تنص عليه المادة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا من تقديم هذا الطلب من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس السلطة التشريعية، أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية، على أن يبين في طلب التفسير، النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقية.

وهذه الشروط الإجرائية لازمة أن كل طلب بالتفسير يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا عن غير طريق الجهات التي حددتها الفقرة الأولى من المادة ٣٣ من قانونها، يكون غير مقبول، وكمر توافرت في هذا الطلب شروطه الموضوعية. ذلك أن الشكل والإجراء، مقدم دائما على الموضوع.

### المطلب الثاني

#### الشروط الموضوعية لطلب التفسير التشريعي

٤٨٢- وإلى جوار الشروط الشكلية التي يجب أن يلتزمها طلب التفسير، فسيان شروطه الموضوعية تدور حول أمور ثلاثة لا بد من اجتماعها؛ وإلا صار طلب التفسير غير مقبول.

أولها: أن يكون للنصوص القانونية المراد تفسيرها أهمية جوهرية -لا ثانوية أو عرضية- تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي تتناولها، ووزن المصالح المرتبطة بها. فلا يكون نطاق تطبيقها منحصرًا في دائرة ضيقة؛ ولا آثارها متناهية في ضالتها؛ بل يتعين أن يكون دورها في تشكيل العلاقات الاجتماعية موضوعها، عريضا من جهة المصالح التي يمسها. بما مؤداه أن النصوص القانونية التي لا تحصر آفاقها، ولا تضيق دائرة تطبيقها، هي وحدها التي يجوز تفسيرها، وذلك إذا صدر بها قانون أو قرار بقانون، لينحصر اختصاص التفسير عما دونها شكلاً وموضوعاً.

ثانيها: أن يكون القائمون على تطبيق النصوص القانونية المطلوب تفسيرها، قد اختلفوا فيما بينهم اختلافًا بينًا في شأن حقيقة محتواها، أو نطاق الآثار التي ترتبها. بما لا يورث طرائق إعمال هذه النصوص، ولا يكفل معايير واضحة لضمان تطبيقها على المخاطبين بها دون تمييز. وإما يكون اضطرابهم في فهمها، ونزاعهم حول دلالتها، منتهيا إلى تعدد تأويلاتها، وتعدّد التوفيق بين معانيها المتعارضة. فلا تستقيم صورتها على حال واحدة، بما يجعل تطبيقها متفاوتا. فيما بين المخاطبين بها، ويخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة لحقوق المواطنين وحرياتهم، سواء في ذلك التي يكون للمستور مصدرا لها، أو التي يكون المشرع قد كفلها.

ثالثها: ألا يتعلق طلب التفسير بنصوص قانونية ظل تطبيقها متردداً حتى تقديم طلب تفسيرها إلى المحكمة الدستورية العليا، ولو كان المواطنون في مجموعهم قد اختلفوا حول معناها، أو كان جنسهم في شأنهم صاخباً عريضاً، أو قائماً حول التتطير والتأصيل، أو دائراً حول الأبعاد المحتملة لتطبيقها، أو محللاً جوانبها السلبية، أو كاشفاً عن عميق غضبهم عليها. إذ لا يتصل ذلك كله بدخول تلك النصوص في حيز التنفيذ، ولا باختبارها من خلال تطبيق يظهر التنازع حول دلالتها.

يؤيد ذلك أن ما تنص عليه المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا من أن النصوص القانونية التي يجوز عرضها عليها طلباً لتفسيرها، هي تلك التي تتباين تأويلاتها بصورة عميقة، يفترض ألا تكون هذه النصوص قد أصابها التباس من خلال التراخي في تطبيقها زمناً طويلاً بما يعطل سريانها عملاً. إذ تعتبر هذه النصوص قائمة راقدة Dormant provisions ولا يتصور بعد هودها، أن تنافر لها الأهمية التي تقتضي تحديد معناها، ولا أن يكون المخاطبون بها قد أصابهم

ضرر من جراء سريلانها في شأنهم<sup>(١)</sup> ذلك أن العمل بها، لا يكون إلا بنشرها في الجريدة الرسمية، وحلول الميعاد المحدد لسريانها. وإن كان سريلانها قانوناً، لا يعنى بالضرورة تطبيقها عملاً.

وإذ كان قانون المحكمة الدستورية العليا لا يتوخى غير ضمان توحيد تفسير النصوص القانونية المتنازع على دلالتها بعد تطبيقها. فإنه كلما ظل هذا التطبيق مهملاً، فإن طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، يكون غير مقبول. ذلك أن تطبيق النصوص القانونية عملاً، هو وحده الذي يستتبع الجدل حول حقيقة معانيها وما قصده المشرع بها.

ولا يجوز بالتالي أن يرتبط التفسير التشريعي للنصوص القانونية، بأغراض علمية تتصل بتأصيل هذه النصوص أو التخرج عليها. ذلك أن التفسير التشريعي، لا يتعلق بغير النصوص القانونية التي دل تطبيقها على غموض معانيها وتعدد تأويلاتها، فلا تكون الإجابة عما قصده المشرع منها، غير ضمان لوحدة تطبيقها وفق ضوابط موحدة يتكافأ المواطنون في مجال الخضوع لها.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جملة ٢١/١٠/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٢١ جزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### المبحث الثالث

#### لا يجوز الفصل في دستورية النصوص القانونية

##### من خلال تفسيرها تفسيراً تشريعياً

٤٨٣-وباستيفاء الشروط الإجرائية والموضوعية لطلب التفسير، تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها في شأن النصوص القانونية المطلوب تفسيرها بقصد توحيد مفاهيمها. وهي توحيدها من خلال تفسيرها مقاصد المشرع منها.

ولأن إرادة المشرع هي التي تبلور للنصوص القانونية محل التفسير، وتشكلها؛ فإن ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال التفسير التشريعي، تنحصر في استظهار هذه الإرادة حتى تحدد للنصوص القانونية المطلوب تفسيرها، دلالاتها.

وبانتهاء مهمتها هذه، يخرج طلب التفسير من بداه، فلا تنتظر فيها إذا كان النص القانوني المفسر يناقض أو يوافق الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يكون إلا من خلال خصومة قضائية يتوخى بها المدعى إبطال نص قانوني يراه مخالفاً للدستور.

ثانيهما: أن موضوع طلب التفسير ينحصر في مجرد الكشف عن إرادة المشرع في شأن النصوص القانونية التي تتناولها التفسير، ووفقاً على ماهيتها ليتم تطبيقها على ضوء حقيقة معانيها. شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا على هذا النحو، شأن القوانين التفسيرية التي تقرها السلطة التشريعية ذاتها، إذا استبان لها خفاء مقاصدها من النصوص التي تفسرها، على القائمين بتطبيقها، وأنهم يحلون لها بالتالي غير المعاني المقصود منها. ومن ثم كان مفهوماً ما تقررره المحكمة الدستورية العليا من أن التفسير التشريعي للنصوص القانونية، لا يجوز أن يتخذ موطناً للفصل في دستورتها، تمهيداً لتقرير صحتها أو بطلانها<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم (١) لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١ - ص ٨٠٦ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن المادة ٢٦ من قانونها لا تخولها غير استصفاء إرادة المشرع واستخلاصها كون تقييم لخروجها على الدستور أو اتفاقها مع أحكامه على تقدير أن النصوص للقانونية المطلوب تفسيرها، إنما ترد إلى إرادة المشرع وتحمل عليها حملا، سواء التأم مضمونها مع أحكام الدستور، أم خالفها<sup>(١)</sup>.

---

(١) القضية رقم ٤٧ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٧/٤/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٢ - ص ٦٤٧ - ٦٤٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

### المبحث الرابع

#### طلب التفسير التشريعي ليس بخصوصية قضائية<sup>(١)</sup>

٤٨٤- ينحصر الغرض من طلب التفسير المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا في استثناء إرادة المشرع حتى يحمل النص القانوني المطلوب تفسيره على تلك الإرادة، فلا يناقضها. شأن التفسير التشريعي الصادر عن المحكمة، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية فيما تراه مبهما من النصوص القانونية المعمول بها، التي لم يستثن القائلين على تطبيقها، حقيقة مقاصد المشرع منها.

وسواء صدر هذا التفسير عن المحكمة الدستورية العليا أو عن السلطة التشريعية، فإنه في الحالتين، لا يعتبر قراراً صادراً في خصومة قضائية. وإنما يستقل عنها. ذلك أن الخصومة القضائية، تعكس بذاتها حد التناقض بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضمانات التقاضي، ويوصفها -على صورتها الأعم- أداة لتقرير الحق الموضوعي محل الحماية القضائية من خلال الأعمال التي تكونها. كذلك لا تقوم الخصومة القضائية لتأمين مصالح مجردة، بل توجهها المصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن غايتها اجتقاء المنفعة التي يقرها القانون، والتي تعكسها الترضية القضائية التي يطلبها المدعى أو يتوقعها.

والأمر على نقيض ذلك في التفسير التشريعي. ذلك أن الأصل فيه هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها إذا استبان لها أن من يقومون بتطبيق النصوص القانونية، يحلون لها غير المعاني التي قصدتها. وإذا تفوض السلطة التشريعية جهة غيرها في ذلك، فإنها تقيد بالمشروط التي تفرضها لإجرائه. وليس بشرط أن تكون هذه الجهة، قضائية في تكوينها وضمائنها، وإن تعين دوماً أن تتعلق ولايتها بإرادة المشرع التي شكل على ضوئها النصوص القانونية محل التفسير، وأن ينحصر واجبها في استثناء هذه الإرادة وفق ضوابط موضوعية مردداً إلى عبارة النص في مياها، وعلى ضوء الأغراض المقصودة منها، ودون إخلال بالأوضاع التي لا يستها.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جملة ١٢/١٠/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٩٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وما تقدم مؤداه، أنه فيما خلا للشروط التي قيد بها قانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها في مجال التفسير التشريعي - كذلك التي نطق بأهمية النصوص القانونية التي تتولى تفسيرها، وإثارتها خلافاً حول تطبيقها يقتضي تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً لمحلولها - فإن المحكمة الدستورية العليا تحل محل السلطة التشريعية ذاتها في مباشرتها لمهمتها هذه. وهي بذلك تلتزم بضوابطها في مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها به تحريفاً للنصوص القانونية عن معناها. وهي كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مسألة أولية يقتضيها الفصل في خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير الحقوق المدعى بها أو نقيضها. بل يستقل تماماً عنها. ذلك أن مرامه صون النصوص القانونية مما يلبس معانيها بخيرها، لضمان أن يستقيم تطبيقها في مواجهة المخاطبين بها من خلال فهمها بصورة موحدة.

### المبحث الخامس

#### طبيعة التفسير التشريعي وأثره

٤٨٥- وإذ نصر المحكمة الدستورية العليا النص القانوني المطلوب تفسيره، فلن قرارها في ذلك يعيد السلطات كلها والانس جميعهم، بما يلزمهم بتطبيق القواعد القانونية على النحو الذي فسرتها به المحكمة الدستورية العليا. فلا يدخل أحد عليها "عناصر جديدة" تغير من مضمونها، أو ترددها إلى غير الدائرة التي تعمل في نطاقها. ذلك أن قرار المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص التي فسرتها، يحدد دلالتها تحديداً جازماً لا رجوع فيه، ليندمج هذا القرار في تلك النصوص باعتباره جزءاً منها لا يتجزأ، وولجبا تطبيقه منذ نفاذه. ومن ثم يعتبر النص المفسر وكأنه صدر ابتداء بالمعنى الذي حدده قرار التفسير. وليس ذلك تطبيقاً لقرار التفسير بأثر رجعي، وذلك لأمرين:

أولهما: أن المحكمة الدستورية العليا، لا تفعل شيئاً أكثر من تحديد مضمون نص ثار الجدل عميقاً من حوله؛ سواء كان هذا النص غامضاً خافياً معناه، أو كان معناه الظاهر منافيًا ما قصده المشرع منه. وهي في كلتا الحالتين، تعيد لهذا النص صورته الحقيقية التي لم يظن لها القائمون على تطبيقه.

وثانيهما: أن قرار التفسير يرتد إلى النص المفسر منذ ميلاده -لا لإجراء تعديل فيه بسائر رجعي- وإنما بافتراض صدور هذا القرار مستصحباً الحالة التي كان عليها النص المفسر حين ظهر قانوناً إلى الوجود<sup>(١)</sup>.

(١) محكمة عليا -الدعوى رقم ٨ لسنة ١ قضائية عليا "دستورية" - جلسة ٦ مايو ١٩٧٢ -قاعدة رقم ١٠- ص ٩٣ من الجزء الأول من القسم الأول من مجموعة أحكامها الصادرة في الدعوى الدستورية منذ ١٩٧٠ وحتى نوفمبر ١٩٧٦ حيث تقول المحكمة أن للقرار المفسر الصادر من سلطة مختصة بإصداره، لا ينشئ حكماً جديداً، بل يعتبر جزءاً من التشريع الأصلي الذي صدره، فيسرى من وقت نفاذ هذا التشريع. وإذا كان التشريع الأصلي -المعنى الذي تضمنه قرار التفسير التشريعي- هو الواجب التطبيق من وقت نفاذه؛ فإن هذا لا ينطوي على إجراء أثر رجعي لهذا القرار. ولا يتمتع سريان قرار التفسير على الوقائع التي تحدث في الفترة من صدور التشريع الأصلي والتشريع المفسر له، إلا حيث تكون قد صدرت بشأنها أحكام قضائية نهائية احتراماً لمبدأ حجيتها.

وأنظر كذلك طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥١ قضائية تفسير -جلسة ٣٠ يناير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١- ص ٤٧٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### الفصل السادس والعشرون

#### الرقابة القضائية على الدستورية وإدارة الدولة لشئونها الخارجية

##### المبحث الأول

##### التدخل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في هذا التعلق

٤٨٦- تثير إدارة الدولة لشئونها الخارجية مخاطر كثيرة منها ما إذا كان التدخل في هذه الشؤون يعتبر حقاً مقصوراً على رئيس الجمهورية. أم أن للسلطة التشريعية دوراً في تنظيمها، فلا ينفرد بها رئيس الجمهورية.

ويزيد من صعوبة الأمر أن الشؤون الخارجية تتعدد ملامحها وصور التدخل فيها.

للسلطة التشريعية -دون ما تميز بين غير المواطنين بالنظر إلى أعرافهم أو ألوأهم أو لهجاتهم- أن تحدد شروط دخولهم إلى إقليم الدولة، وأحوال طردهم من هذا الإقليم، والقوانين التي يخصون لها عند وجودهم فيه. واختصاصها في ذلك فرع من السيادة الوطنية، ونتيجة مترتبة على مسؤوليتها في مجال صون الأمن العام، وبمراعاة أن طرد غير المواطنين لا يعتبر عقوبة جنائية لا يجوز تطبيقها بأثر رجعي؛ وإن تفيد بشرط الوسائل القانونية السالبة<sup>(١)</sup>.

ولها كذلك أن تعمل على ضمان إيفاء الدولة لالتزاماتها الدولية وفقاً لقانون الأمم. ولها في هذا المقام أن تقر القوانين التي يقضيها تنفيذ معاهداتها مع الدول الأجنبية وأيا كان موضوعها، بشرط أن تكون معاهداتها هذه صحيحة في ذاتها وفقاً للدستور؛ وبمراعاة أن المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية قد تغاير في طبيعتها واتساعها تلك التي تنظمها السلطة التشريعية في مجال تصرفها للشؤون الداخلية في بلدها. ويظل تدخل السلطة التشريعية مطلوباً لتنفيذ معاهدة دولية قائمة كلما كان هذا التدخل كافلاً لمصالح قومية ملحة<sup>(٢)</sup>.

والسلطة التشريعية فضلاً عما تقدم، أن تعدل أحكام معاهدة دولية نافذة على ضوء تغيير هام غير متوقع طرأ على السياسة القومية في المسائل التي تناولتها. ولها كذلك أن تتدخل من

(١) United States ex rel, Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537 (1950); Neely v. Henkel, 180 U.S. 109 (1901); Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).

(٢) United States v. Arizona, 120 U.S. 479 (1887).

المعاهدة إذا أخذت دولة متعاقدة بالتزاماتها المقررة بها. ويظل الأصل هو أن تعمل السلطة التشريعية على ضمان تنفيذ كل تعهد دولي تكون بلدًا طرفًا فيه. ذلك أن قانون الأمم يلزمها بأن تتخذ كل التدابير التي يقتضيها صون هذا التعهد ضمانًا لتواصل الأمم فيما بينها وتؤكدًا لتداخل مصالحها.

والسلطة التشريعية دائمًا أن تردع مواطنيها عن جرائمهم التي يرتكبونها في أعالي البحار، وأن تأمر بعودتهم إلى بلدهم عند الضرورة، وأن تعاقبهم على امتناعهم عن العودة إليها، وأن تمنعهم من الاتجار في الأسلحة في مناطق القتال الأجنبي.

ولها كذلك أن تفرض رقابتها على سفنها التجارية الموجودة في أعالي البحار، وأن تنظم سلوكها حتى أثناء وجودها في البحار الإقليمية والمياه الداخلية الأجنبية في الحدود التي تسمح فيها الدول التي توجد هذه السفن في مياهها أو بحارها<sup>(١)</sup>.

وإذا تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها في مجال الشؤون والعلاقات الخارجية الدولية، فإن عليها أن تنفذ في ذلك بقواعد الدستور، وعلى الأخص ما اتصل منها بحقوق المواطنين وحرياتهم. ذلك أن الولاية التي تباشرها في هذا النطاق هي عريضة في اتساعها - يتعين إخضاعها للقيود التي يحيطها الدستور بها، شأنها في ذلك شأن كل ولاية تلتقيها السلطة التشريعية عن الدستور، وفوضها في مباشرتها.

ويتعين بالتالي أن يحيط شرط الوسائل القانونية السليمة بكل تنظيم يصدر عن السلطة التشريعية في نطاق الشؤون الخارجية، وأن تتوفر علاقة منطقية بين مضمون الاختصاص المخول دستوريًا للسلطة التشريعية، والتدابير التي اتخذتها لتنفيذه<sup>(٢)</sup>.

(١) Blackmer v. United States, 284 U.S. 421 (1932); United States v. Bowman 260 U.S. 94 (1922).

(٢) Perez v. Brownell 356 U.S. 44 (1958).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية:

Since congress may not act arbitrarily, a rational nexus must exist between the content of a specific power in Congress and the action of Congress in carrying that power into execution

وفي النظم الفيدرالية، تتلخص إدارة الشؤون الخارجية موضوع العلاقة بين السلطة الاتحادية من جهة، ولاياتها من جهة أخرى. ذلك أن السلطة الاتحادية المركزية، وإن كانت لا تملك في نطق الشؤون الداخلية غير صور الاختصاص التي تقتطعها دستور الاتحاد من الولايات الأعضاء فيه، إلا أن مظاهر السيادة الخارجية لا تملكها غير السلطة الفيدرالية- لا لأن الدستور حولها هذه السيادة وقصرها عليها- وإنما لأن مباشرة هذه السيادة نتيجة مترتبة بالضرورة على انضمام ولاياتها إلى الاتحاد، وانصهارها في بوتقة واحدة، تمثلها الوحدة الوطنية التي تجمعها.

وهي وحدة مؤداهما أن تكون بيد الحكومة المركزية وحدها سلطة إعلان الحرب، والتعاقد على السلم، وإبرام المعاهدات الدولية، والنفوذ في روابط دبلوماسية مع الدول الأجنبية إلى غير ذلك من أشكال السيادة الخارجية التي وإن جاز القول بأن للسلطة التشريعية دور في مجال تحديد بعض ملامحها، إلا أن اليد الطولي فيها هي لرئيس الجمهورية بصرفها وفق تقديره، وفي حدود الدستور، وبغير إخلال بالقوانين المعمول بها<sup>(١)</sup>.

٤٨٧- ولا يجوز بالتالي لأية ولاية في تنظيم فيدرالي أن تصدر تشريعا في أمر يتعلق بالشؤون الخارجية التي تستقل بها الحكومة المركزية وفقا للدستور، والتي ترتبط أهميتها بتكافؤ الدول في سيادتها، وحساسيتها فيما يتعلق بمصالحها القومية. مثل الشؤون الخارجية في ذلك، مثل السلطة التي تملكها الدولة بالنسبة إلى الأعمال العدائية الموجهة ضدها. ذلك أن اختصاصها ببرد هذه الأعمال على أعقابها، يفيد ضمنا لاختصاصها بتسوية الأضرار الناجمة عن تلك الأعمال منذ بدئها، وعلى امتداد مراحل تطورها، وحتى بعد توقفها أو انتهائها، كلما كان التدخل بسلطانها هذه لازما لمواجهة مضار ألحقها تلك الأعمال بالأوضاع القائمة في إقليمها؛ وبشرط ألا تتحول هذه الرخصة الاستثنائية إلى سلطة دائمة أو مطلقة، غايتها إرضاء مشاعر قومية ملتزمة<sup>(٢)</sup>.

(١) Kennedy v. Mendoza - Martinez, 372 U.S. 144 (1963).

وينص الدستور الأمريكي على أن لرئيس الجمهورية السلطة التي يبرم بها المعاهدات الدولية بموافقة ونصيحة مجلس الشيوخ وبشرط موافقة ثلثي أعضائه الحاضرين.

(٢) ولا يجوز لولاية بالتالي أن تنظم حق الأجانب في الميراث باعتباره متصلا بالشؤون الخارجية التي يستقل بها رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية وفقا للدستور.

Zschernig v. Miller, 389 U.S. 429 (1968)

ذلك أن مواجهة الأعمال الحدودية بالتدابير الملائمة، سلطة خطيرة في اتساعها، وفي قدر مساهمها بحقوق المواطنين وحرياتهم. ويتعين بالتالي ضبطها في حدود منطقية تزنها بقدر الضرورة التي فرضتها، فلا تتخذ مبررا لإضفاء الشرعية الدستورية على كل قانون أو إجراء ولو كان منقليا لطبيعتها<sup>(١)</sup>.

---

(<sup>١</sup>) See Concurring Opinion of justice Jakson in Woods v. Miller Co. 333 U.S. 138 (1948).

### المبحث الثاني

#### بعض أحكام المعاهدات الدولية

#### المطلب الأول

#### دستورية المعاهدة الدولية

٤٨٨- لرئيس الجمهورية أن يدير السياسة الخارجية لبلاده، ولو لم يكن هو الذي حدد ملامحها. وهو مسئول عن التفاوض على معاهداتها الدولية وإبرامها وإلزامها، وفي أن يقيم علاقات مع الدولة الأجنبية أو ينهيها<sup>(١)</sup>.

وكل سلطة لا يتلقاها رئيس الجمهورية من الدستور، ولا بتفويض من المشرع، لا يجوز أن يباشرها، أي كان قدر الحاجة إليها أو الأوضاع الطارئة التي تتطلبها. وإذا كان الدستور في بعض الدول لا يفرد رئيس الجمهورية باختصاص الدخول في معاهدة دولية، وعلى الأخص ما يكون منها ذو أهمية بالغة؛ إلا أن تفويض سلطة رئيس الجمهورية على هذا النحو، مرده إلى نص في الدستور. والأصل في المعاهدة الدولية، أنها تعاهد بين دولتين أو أكثر لا يفرغ في شكل معين. وهي تعتبر من أكثر أشكال التدخل تأثيراً في الشؤون الخارجية، وعلى الأخص من جهة مضمونها، ونطاق المسائل التي تنظمها، وضرورة التقيد بأحكامها. ومن ثم تظهر المعاهدة الدولية كاتفاق خطير في آثاره من ناحيتين يوجه خاص:

أولاهما: أنها تتناول كل الممائل التي يجوز التفاوض عليها بين الدول أطرافها.

ثانيتهما: أنها تكفل الوفاء بمصالح قومية عليا قلما تتناولها السلطة التشريعية بوسائلها، أو تعجز عن مواجهتها لاتصالها بشؤون زمامها أصلاً بيد السلطة التنفيذية تنظمها من خلال معاهدة دولية تكون الطريق الوحيد للتدخل في علاقات من طبيعة دولية.

ومن ثم كان الأصل أن يندرج موضوع المعاهدة الدولية في إطار المسائل التي يجوز ضبطها من خلال تنظيم دولي. وهي مسائل لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تقرر ملامحة للتفاوض عليها، ولا أن تفصل في حسن أو سوء نية السلطة التنفيذية في مجال تنظيمها

(١) See, J.Berger, "The Presidential Monopoly of foreign Relations". 71 Mich., L.Review, 1 (1972).

لها من خلال المعاهدة الدولية؛ وإن تعين عليها دوماً أن تعرض رقابتها على المعاهدة في أوضاعها الشكلية التي يتطلبها الدستور، وأن تحيط كذلك بمضمون أحكامها للتحقق من تطابقها مع أحكامه، وعلى الأخص ما يتعلق منها بحقوق المواطنين وحرياتهم التي كفلها<sup>(١)</sup>. ذلك أن كل معاهدة دولية هي لا تعتبر كذلك إلا إذا تم التفاوض بين الدول أطرافها على كافة المسائل التي تناولتها<sup>(٢)</sup> - دون الدستور في منظومة تدرج القواعد القانونية، سواء كان للمعاهدة قوة القانون ليحلها قانون لاحق عليها<sup>(٣)</sup>؛ أم كان لها قوة نطو قوة القانون، فلا يحلها قانون ثال للعمل بها.

وليس للمعاهدة أن تعدل الدستور. ذلك أن شرط صحتها هو ألا تتناقض أحكامه التي لا شأن لها بما إذا كان الدخول في المعاهدة في الدول الفيدرالية قد جاوز الاختصاص المقرر دستوريا لولاياتها. يبيد هذا النظر، أن المعاهدة الدولية تطرح مسائل قومية عميقة في أبعادها لا تميمها إلا السلطة الوطنية الفيدرالية<sup>(٤)</sup>. وصح القول بالتالي بأن للمعاهدة - بالنظر إلى الطبيعة الدولية للمصالح التي تمثلها - أن تنظم بطريقة شاملة، كافة المسائل التي يجوز التفاوض عليها، ولو كان من بينها ما احتجزه الدستور للولاية. كذلك لا شأن لدستورية المعاهدة بما إذا كان الدخول فيها يعتبر إجراء ملائماً وضرورياً وذلك لأمرين:

أولهما: أن المعاهدة والقانون دون الدستور في مدرج التنظيم القانوني في الدولة. ويتعين بالتالي أن تأخذ المعاهدة في اعتبارها حقوق المواطنين وحرياتهم، سواء ورد النص عليها في الدستور، أو صدر بها ميثاق لإعلان الحقوق. وليس للسلطة التشريعية بالتالي أن تستخلص من معاهدة دولية تتولى تنفيذ أحكامها - من خلال قانون يدمجها في القوانين الوطنية المعمول بها - حقوقاً نطو بها على الدستور. شأن المعاهدة الدولية في ذلك - ولو كان إرغامها بموافقة السلطة

(١) J. Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, 251- 70 (1972); Laurence H. Tribe, *ibid*, p. 227.

(٢) *De Geofroy v. Riggs*, 133 U.S. 258, 267 (1890); *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957).

(٣) *Foster v. Neilson*, 27 U.S. (2 pet) 253, 314 (1829).

فإذا كانت المعاهدة لاحقة على القانون، فإنها تعد له بشرط أن تكون نافذة بذاتها، لأنها إن لم تكن كذلك، فستحتاج إلى قانون لتنفيذها. وفي هذه الحالة يحتر هذا القانون ملغياً القانون السابق. ولا يقال عندئذ بأن المعاهدة ذاتها ألغت القانون السابق عليها. وفي الدول الفيدرالية تسمى المعاهدة على أي قانون في الولاية ولو نظم هذا القانون مسائل تدخل في اختصاصها.

(٤) *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920) at 435; Laurence H. Tribe, *ibid*, p. 227.

التشريعية، وفي حدود توجيهاتها- شأن كل قانون توافق عليه بأغلبية أعضائها، ولو كان الدخول في المعاهدة الدولية وفق لأوضاع شكلية تغاير تلك التي يتطلبها الدستور في شأن اقتراح القوانين وإقرارها وإصدارها.

ثانيهما: أن ملامحة المعاهدة أو ضرورتها لا شأن لها بضوابط دستوريته. ذلك أن كل معاهدة دولية تتجرد من آثارها بقدر خروجها على الدستور، سواء تم الدخول فيها تنفيذاً لمبادرة تم الاتفاق عليها، أم كان التفاوض عليها وإبرامها قد تم لمواجهته لأوضاع طارئة. ذلك أن التدخل بالمعاهدة لتنفيذ سياسة قائمة، لا يحصنها، وإنما يتعين للفصل في دستورية المعاهدة، النظر إلى السلطة التي أبرمتها، وإلى حدود اختصاصها المقرر بالدستور، وإلى كيفية مباشرتها لهذا الاختصاص، وبمراعاة أن الفصل في دستورية القانون الصادر بتنفيذ معاهدة دولية، لا ينفصل عن المعاهدة التي تعلق هذا القانون بها.

### المطلب الثاني

#### مبدأ فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية، وأثره على المعاهدة

٤٨٩- تنوزع السلطة بين الأفرع التشريعية والتنفيذية والقضائية، فلا تندمج في بعضها، حتى تبشر كلٌ منها -على ضوء تعاونها لا تنحرفها- وظيفتها بصورة مقترنة لا طغيان فيها، وفي إطار أشكال من الرقابة التي تتبادلها فيما بينها، بما يحفظ توازنها ويكفل تمايلها مع بعضها *The system of checks and balances*. وبمراعاة أن فصل الأفرع التي تبشر السلطة عن بعضها، لا يتقرر دائماً بخطوط قاطعة. بل كثيراً ما تكون حدود هذا الفصل مشوبة بالغموض. وهو ما يلقي ولجاً تقنياً على جهة الرقابة على الدستورية التي يتعين عليها عندئذ أن تبين الخطوط التي لا يجوز لأية سلطة أن تتجاوزها، وعلى الأخص فيما يتعلق باختصاص رئيس الجمهورية في تنفيذ السياسة القومية في الشؤون الخارجية، من خلال معاهدة دولية تعتبر أداة رئيسية لتطوير العلاقات بين الدول.

ولا شبهة في أن اختصاص رئيس الجمهورية بإدارة شؤون الدولة الخارجية، إنما يدخل فيه عقده لمعاهدتها الدولية. ذلك أن إبرامه لهذه الشؤون لا تتأني من تقييد يصدر عن السلطة التشريعية، وإنما مرد أمره في تصريفها إلى الدستور، مقيداً في ذلك بأحكامه. فلا تكون سلطته في إدارة الشؤون الخارجية مطلقة لا قيد عليها، وإن تعين القول بظلية عناصر التقدير على ضوابط

التقييد فيها، واتساع نطاقها، ومرونتها، ومواجهتها لأوضاع متغيرة بطبيعتها، خاصة وأن نفاذ رئيس الجمهورية إلى الأوضاع الداخلية في الدول الأجنبية، ومعرفة بطرفها وخبرته بشئونها، يتحقق على نحو أفضل من السلطة التشريعية. وهو يعتمد على مصادر المعاهدة التي ترتبط به مباشرة - كرجال مخابراته ومفراته وقناصله الموزعين في الدول على اختلافها - للحصول على المعلومات التي يطلبها منهم عنها. فلا تكون موضوعية تقاريرهم وسريتها إلا مصادر موثوق بها تتبر خطاء، وتبصره بالطرائق الأفضل للتعامل مع هذه الدول.

وهو يقرر على ضوء هذه التقارير - التي تعتبر سريتها وضرورة كتمان ما ورد بها من أكثر الوسائل فعالية لتحديد الملامح الجوهرية للسياسة الخارجية - شكل للتدخل، وصور للتأثير في الدول الأجنبية التي يتعامل معها، وأثر هذا التدخل على الأوضاع التي تحيط بالدول المجاورة لها، وعلى روابطة الدبلوماسية في مجموعها، وما إذا كان مرغوبا فيه ألا يتدخل على نحو ما، أو ألا يتدخل على الإطلاق.

ولئن كان نفاذ المعاهدة الدولية في النطاق الداخلي، معلقا أحيانا على موافقة السلطة التشريعية عليها، إلا أن هذه السلطة لا يجوز أن تتدخل في عملية التفاوض بشأنها<sup>(١)</sup>. ومن باب أولي إذا كان نفاذ المعاهدة في الداخل واقعا بحكم الدستور بمجرد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو ما تنص عليه المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية التي لا تشترط لسريان المعاهدة في النطاق الداخلي، صدور قانون ينقل أحكامها من المجال الدولي ويطبقها في القوانين الوطنية، وإنما يجعل للمعاهدة التي يبرمها رئيس الجمهورية، قوة القانون، بمجرد التصديق عليها ونشرها وفق الأوضاع المقررة.

بما موده أن كل اختصاص ينفرد به رئيس الجمهورية وفقا للدستور، يظل واقعا وراء حدود السلطة التشريعية ورقبتها. ذلك أن الأصل في السلطة - ليا كان مضمونها أو الأفرع التي تبشرها - هو أن يكون الدستور مصدرا. فلا تبشر السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية غير الولاية التي حددها الدستور، وكذلك ما يندرج ضمنا تحتها، أو يعتبر نتيجة مترتبة عليها Resulting Power. وكلما كان الغرض مشروعا، وواقعا في حدود الدستور، كان للسلطة أن

(١) United States v. Curtiss - Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).

تعمل علي تحقيقه، بكل الوسائل الملائمة وغير المخطورة، والموافقة للمستور في عبارته وروحه<sup>(١)</sup>.

"Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution ; and all the means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional.

ولرئيس الجمهورية إذا لم يرض بالشروط الجديدة التي تريد السلطة التشريعية إخلاصها علي المعاهدة، أن يتخلى عن التفاوض لإتمامها. وسلطته في ذلك مطلقة لا قيد عليها<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثالث

#### التفاوض علي المعاهدة الدولية

٤٩٠- لا تصدر أية مبادرة للدخول في معاهدة دولية إلا عن رئيس الجمهورية. فإذا عزم علي عقدها، اختص دون غيره بالتفاوض حول بلودها<sup>(٣)</sup>.

ولرئيس الجمهورية أن يرخص لغيره في التفاوض علي المعاهدة. وقد يتفاوض شخص عليها بغير تفويض بخوله السلطة الكاملة التي يكون بها ممثلاً لدولته في القبول بأحكامها.

وفي هذه الحالة تكون المعاهدة عديمة الأثر بالنسبة لهذه الدولة ما لم تجزها بعد إبرامها بإقرار لاحق<sup>(٤)</sup>.

ويقدم رئيس الجمهورية إلى السلطة التشريعية -إذا اشترط الدستور تدخلها للموافقة على المعاهدة- المعلومات التي يقر ملائمة عرضها عليها في شأن تطور مراحل المعاهدة ونتائجها<sup>(٥)</sup>.

(١) Mc Culloch v. Maryland ,U S. 4 Wheat 316, 420, 421 (1819).

(٢) Grandall, Treaties, Their Making and Enforcements Washington: second edition. 1916.

(٣) United States v. Curtiss- Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936).

(٤) انظر في ذلك المادة ٨ من اتفاقية فيينا لتكوين المعاهدات Document A CONF. 39126

(٥) E. Corwin, the president - Office and powers 1787- 1957 New York, fourth edition, 1957, pp. 428- 429.

ولها بحيث أن تقرر رفض الموافقة على المعاهدة، أو القبول بها دون شروط، أو تعليق الموافقة عليها على تعديل بعض أحكامها، أو على التحفظ عليها، أو على إصدار بيان بالتفاهم حول دلالتها<sup>(١)</sup>. ويتعين أن يتفاوض رئيس الجمهورية من جديد حول المعاهدة إذا كان قبول السلطة التشريعية لها، معلقا على حفظ أو رهن إجراء تعديل فيها. ويثير بيان التفاهم محاذير كثيرة، أهمها أنه يعطي تفسيراً للمعاهدة قد لا يكون مقبولا من الدول أطرافها<sup>(٢)</sup>. كذلك فإن التحفظ على بعض أحكامها لا يكون جائزا إذا كان ينظر إلى المعاهدة بوصفها صفقة متكاملة الأجزاء لا يجوز إدخال تغيير يؤثر في بنيتها، مما يقتضي القبول بها قسي مجموع أحكامها، أو عدم الدخول فيها على الإطلاق.

#### المطلب الرابع

##### تفسير المعاهدة الدولية

٤٩١- تحكم المعاهدة في مجال تفسيرها قاعدة كلية حاصلها أن كل تفسير يحيط بالأغراض المقصودة منها، لا يكون مقبولا. كذلك، فإن قواعد تفسير المعاهدة ترتد في جذورها إلى القواعد التي تفسر بها العقود في مجال القانون الخاص. وصح القول بالتالي -على ما تنص عليه المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات- <حضور تفسير المعاهدة بما يتفق وحسن الذية، وعلى ضوء المعنى المعتاد الذي يتعين أن يعطي لعبارتها ومصطلحاتها، في سياقها، وبما لا يخل بموضوعها ولا بأغراضها.

ويشمل سياق المعاهدة -لأغراض تفسيرها- أحكامها وملاحقها وديباجتها، وكذلك كل اتفاق يتعلق بالمعاهدة تم بين الدول أطرافها في مجال إبرامها. فضلا عن أية وثيقة لها شأن بالمعاهدة في مجال إبرامها، إذا أصدرتها إحدى الدول المتعاقدة، وأقرتها الدول الأخرى أطرافها كوثيقة تتعلق بالمعاهدة.

(١) The constitution of the United States of America, U.S. government printing office, Washington 1996, p. 420.

(٢) يقصد بالتحفظ -على ما تنص عليه المادة الثانية من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات- ذلك البيان الفردي A Unilateral Statement أي كانت الطريقة التي صيغ بها أو التسمية التي أطلقت عليه، إذا كان من شأن هذا البيان التعبير عن إرادة الدولة وقت توقيعها على المعاهدة أو تصديقها عليها أو انضمامها، أو قبولها لها، في استبعاد أو تعديل الأكثر القانونية لبعض أحكامها في مجال تطبيقها بالنسبة إليها.

ويؤخذ في الاعتبار -بالإضافة إلى سياق المعاهدة، وفضلا عن قواعد القانون الدولي ذات الصلة المعمول بها في علائق الدول فيما بينها- كل اتفاق لاحق تم بين الدول أطرافها فيما يتعلق بتفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامها، إذا دل على قبول الدول أطرافها لهذا التفسير. ويعطى كل مصطلح في الاتفاقية معنى خاص، إذا قام الدليل على اتجاه إرادة الدول إلى هذا المعنى<١>.

وتجيز المادة ٣٢ من هذه الاتفاقية، اللجوء إلى وسائل تكميلية للتفسير، بما في ذلك الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمعاهدة، وإلى الأوضاع المللمسة لإبرامها، وذلك من أجل تأكيد معانيها الناجمة عن تطبيق المادة ٣١ من الاتفاقية؛ أو لتحديد هذه المعاني إذا كان تفسير المعاهدة وفقا لنص المادة ٣١ المشار إليها، يترك المعنى غامضا أو مجهلا، أو يفضي إلى نتيجة بالغة الغرابة، أو مجاوزة بشكل ظاهر ما هو معقول *Manifestly absurd or unreasonable*.

وتنص المادة ٣٣ من الاتفاقية المذكورة على أنه كان نص المعاهدة محمرا بأكثر من لغة رسمية، فإن صيغها الرسمية جميعها تكون لها القوة ذاتها، ما لم تنص المعاهدة أو تتفق الدول أطرافها على تغليب صيغة رسمية معينة على أخرى، حال اختلافهما في المعنى. ويفترض أن تتوافق الصيغ الرسمية المختلفة للمعاهدة في معانيها. وفيما عدا الحالة التي تنص فيها المعاهدة أو التي تتفق فيها الدول أطرافها على تغليب صورة على أخرى من الصيغ الرسمية للمعاهدة، فإن ما يقع من تناقض في المعنى بين صيغة وأخرى عند مقارنتها ببعض، يتعين أن يفسر -إذا تضرر حله من خلال المادتين ٣١، ٣٢ من الاتفاقية- بالرجوع إلى المعنى الذي يوفق بطريقة أفضل، بين ما هو قائم من تعارض بين هاتين الصيغتين الرسميتين، مع إلقاء الاعتبار لموضوع المعاهدة وأغراضها<٢>.

٤٩٢- تلك هي الخطوط الرئيسية لقواعد تفسير المعاهدة التي شكك بعض الفقهاء في وجودها أصلا في نطاق القانون الدولي؛ وإن كان آخرون قد ذهبوا إلى احتواء هذا القانون على أصول لتفسير المعاهدة لا يجوز تجاهلها. وهم يستخلصون هذه الأصول من القواعد التي أقرتها في هذا الشأن المحكمة الدائمة للعدل الدولي<٣>١). وهي قواعد حرص معهد القانون الدولي كذلك

(١) انظر في ذلك الرأي الاستشاري للمحكمة الدائمة للتحكيم الدولي في موضوع.

"The Exchange of Greek and Turkish Populations". Ser.B.No p.20,26.

وكذلك رأيها الاستشاري في موضوع "Postal Polish Office in Danzig," Ser.B.No.11, at 37.

علي صياغتها -بحذر كبير- في مادتين<sup>(١)</sup>. والفقهاء يختلفون كذلك في نقطة البداية التي يركزون عليها في مجال التفسير. فمنهم من يولي اهتمامه لنصوص المعاهدة بوصفها للتعبير الأدق والرسمي عن نوايا الدول أطرافها. وينظر آخرون إلى نوايا هذه الدول بوصفها عاملاً شخصياً منفصلاً عن نصوص المعاهدة؛ ويركز نفر آخر علي موضوع وأغراض المعاهدة، المعلنة أو الواضحة.

والذين يقولون من الفقهاء على نوايا الدول المتعاقدة، يجيزون الرجوع بصورة متحررة إلى الأعمال التحضيرية، وإلى غيرها من الوثائق التي تغيد في كشفها عن هذه النوايا. والذين يعطون أهمية رئيسية لموضوع المعاهدة وأغراضها -خاصة في المعاهدات التي تتعد الدول أطرافها- يسموون تفسير أحكامها فيما وراء نصوصها، وحتى بالمخالفة لها. ولكن الفقهاء في غالبيتهم يرون أن المكانة الأولى في التفسير، هي تلك التي تحتلها نصوص المعاهدة. ولكنهم لا يتجاهلون كذلك الشواهد الخارجية على نوايا الدول أطرافها، ولا يسقطون من حسابهم موضوع المعاهدة وأغراضها في مجال تفسير أحكامها. والمحاكم الدولية جميعها تلجأ في تفسير المعاهدة إلى قواعد التفسير المقررة في نظمها الوطنية في مجال تفسير العقود. وإن صح ما قرره الفقهاء من أن قواعد التفسير هذه، ليس لها صفة إلزامية، لأنها تعتمد على المنطق وحسن التقدير، وأن قيمتها تكمن في مجرد كونها خطوطاً توجيهية لضوابط التفسير لا ترقى إلى مرتبة الإلزام، وإن ملامحة تطبيقها في حالة بذاتها، مرده إلى عوامل مختلفة يندرج تحتها طبيعة المعاهدة وموضوعها، وطريقة ترتيب عبارتها، وصلتها ببعضها، وعلاقتها بالأجزاء الأخرى في المعاهدة، ودرجة افتتاع المفسر -لا بآلية تطبيق هذه الضوابط- وإنما بمهدي صلاحيتها لمواجهة أوضاع بذاتها أفرزتها المعاهدة في مجال تطبيقها بين الدول أطرافها.

ولا يتصور بالتالي تقنين قواعد تفسير المعاهدة علي ضوئها، كلما كانت ملامحة تطبيقها في حالة بذاتها، موقوفة علي الطبيعة الخاصة لنص معين، أو علي النظرة الشخصية لأوضاع تحيط بالمعاهدة وتؤثر في تطبيقها. وإنما يتعين أن يقتصر التقنين على تلك القواعد التي لها من عموم تطبيقاتها ما يسوغ الإحالة إليها في مجال تفسير المعاهدة. ويندرج في إطار هذه القواعد: ما هو مقرر من أنه إذا تعارض تفسيران للمعاهدة أحدهما بمنحها للفعالية والأخر يحجبها عنها علي

(١) Annuaire de L'institut de droit international, Vol.46(1956)P.359.

ضوء موضوعها و أغراضها، فإن التفسير الأول يكون هو الأقرب باعتباره ضرورة يقتضيها حسن نية الدول أطرافها في مجال تنفيذها.

٤٩٣- ويتبغي أن يلاحظ ما يلي:

أولاً: إن فاعلية المعاهدة The rule of effectiveness ، لا تخول أحدا أن يفسرها بما ينلخص دلالة عبارتها وروحها. ذلك أن مثل هذا التفسير ينحل تحديلاً لأحكامها، ولا يتوخي مجرد تحديد معانيها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: يتعين النظر إلى المعاهدة إليها كوحدة تتكامل أجزاؤها فيما بينها. كذلك فإن النظر إلى قواعد التفسير المختلفة لترتيبها فيما بينها وفق علاقة منطقية تقتضيها طبائع الأشياء، لا يفيد تخرج هذه القواعد فيما بينها في نطاق علاقة هرمية تقدم بعضها قانوناً على بعض.  
Hierarchy of norms.

ثالثاً: أن نص المعاهدة هو نقطة البداية في كل تفسير لأحكامها. ويتعين بالتالي أن يؤخذ بمعاني ذلك النص في دلالتها المعتادة، وفي إطار سياقها، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو يحيط أغراضها، وأن يعول دائماً على ما يجري به العمل بين الدول أطرافها، وعن اتفاقاتها اللاحقة لإبرامها والتي تبلور تفاهمها فيما بينها على المعاني التي يتعين إسنادها إلى المعاهدة.

ومرد أصل اللجوء إلى النص ابتداءً The Textual Approach أنه للتعبير الأوضح والأخير عن الإرادة المشتركة للدول المتعاقدة. ويتعين التحويل عليه أصلاً فيما خلا الفروض الفادرة التي حكم لها.

Le texte signé est, sauf de rares exceptions, la seule et la plus récente expression de la volonté commune des parties<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: أن تفسير المعاهدة وفق ما يقتضيه حسن النية، مردد أنها شريعة العهد فيما بين الدول أطرافها Pacta sunt servanda.

(١) Ut res magis valeat quam pereat.

(٢) انظر في ذلك الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية I.C.J Reports 1950,p.229  
Annuaire de l'institut de droit international ,vol.44, tome 1(1952),p.199.

خامساً: الأخذ بالمعنى المعتاد لمصطلح ورد في المعاهدة، على ضوء مفاهيم مجردة، وإنما يتحدد في إطار سياق المعاهدة، وعلى ضوء موضوعها وأهدافها، ووفق معقولة أو اضطراب هذا التفسير. وفي ذلك تقول محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة باختصاص الجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن قبول دولة جديدة كعضو بها، ما يأتي:

"إن المهمة الأولى لأية محكمة تدعي لتفسير نصوص معاهدة دولية، هي أن تعمل جاهدة على إعطاء لفاعلية لأحكامها في النطاق الطبيعي والمعتاد لدلالاتها، وعلى ضوء سياقها. فإذا أمكن إسناد معنى معقول لها في هذا النطاق، كان ذلك نهاية مهمة للمفسر<sup>(١)</sup>".

سادساً: أن ما قد تتصوره إحدى الدول من معانٍ لألفاظ المعاهدة، تقوم في ذهنها وقت التفاوض عليها أو عند إبرامها، لا يعدو أن يكون تحفظاً ذهنياً Mental reservation قد يقوم الدليل على نقيضه من حقيقة مضمون نصوص المعاهدة، ودلالة عباراتها.

سابعاً: لا يجوز في مجال تفسير المعاهدة أن نحكم إلى التفسير المرن لأحكامها بقصد تطويرها، و لا إلى التفسير المضيق لنطاق تطبيقها بقصد صون حقوق السيادة وفرض آكل القيود عليها. ذلك أن لكل معاهدة نطاقاً طبيعياً تعمل فيه، ودائرة لمرئياتها ومضمونها لأحكامها لا يجوز أن يخل من خلال هاتين الصورتين من صور تفسير المعاهدة اللتين قد تنقضان إرادة الدول أطرافها، ولا تسحان مجالاً حقيقياً لتعمق مقاصدها من المعاهدة. والأولى أن نحدد بمعانيها الواضحة، سواء كانت المعاهدة من طبيعة مشرعة Traité Lois، أم كانت من طبيعة عقابية Traité Contrats، وأن نأخذ هذه المعاني من الدلالة الطبيعية أو المألوفة للكلمة أو العبارة، لأن جعلها بمعان ترفتها، أو تحورها. وهو ما تقرره المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي<sup>(٢)</sup>، وذلك بقولها:

It is a cardinal principle of interpretation that words must be interpreted in the sense they would normally have in their context, unless such interpretation would lead to something unreasonable or absurd.

(١) I.C.J Reports 1950, p.8.

(٢) I.C.J Reports 1950, p.8.

ثامنا: يتعين تفسير المعاهدة بالنظر إلى كافة بنودها، فلا يقتصر التفسير على نص منها منعلا عن غيره. ذلك أن نصوص المعاهدة تتكامل فيما بينها. وحتى الدلالة القاطعة لبعض أجزائها في أجزاء من المعاهدة، قد تنقضها معان يمكن أن نستنبطها من باقي أجزائها.

تاسعا: خلو المعاهدة من نص يحكم الحالة المعروضة، لا يجوز أن يفل يد المفسر عن النظر في أغراض المعاهدة. فإذا استطاع أن يستخلص منها حكما يغطي به هذا الفراغ، تعين تطبيقه<sup>(١)</sup>.

### المطلب الخامس

#### العلاقة بين المعاهدة والقانون

٤٩٤- ويقر دستور جمهورية مصر أن المعاهدة شأنها شأن القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. فلا يلو القانون على المعاهدة، ولا للمعاهدة على القانون. ولكنهما يتكافآن في مرتبتهما في مدارج القواعد القانونية. وإذا كان الدستور يسمو على المعاهدة والقانون، فإن عليهما أن يتقيدا بأحكامه. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تكفل للمعاهدة قوتها بقدر اتفاقها مع أحكام الدستور. فإن هي جاوزتها، تعين إبطالها. ولا يجوز بالتالي أن تتأل معاهدة دولية -وإنما كان موضوعها- من نصوص الدستور في جوانبها التأسيسية والموضوعية.

(١) ومن ذلك ما قرره محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري المتعلق بتبويض العاملين بالأمم المتحدة عن الأضرار التي تسببهم وتؤدي إلى موتهم أو إلى إحداث جروح بهم من جراء عمل يصدر عن إحدى الدول الأعضاء بها، من أن ميثلق الأمم المتحدة وإن خلا من نص يخلو هؤلاء العاملين الأهلية القانونية التي يقاضون بها الدولة التي صدر عنها العمل المضار؛ إلا أن هذا الميثلق لم يجردهم كذلك من الأهلية، وما كان يوسعهم الحصول على حقوقهم من الدول المسؤولة، بغير تمتعهم بتلك الأهلية، ومن ثم يكون واجبا الفراض ثبوتها لهم. راجع أيضا:

I.C.J. Reports 1949, 174. See also, The Corfu Channel Case (Merits) I.C.J. Reports 1949, at PP.23-26 أنظر كذلك في كل ما تقدم:

Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, pp.129-157 See also, Draft Articles on the law of treaties with Commentaries, adopted by the international Law Commission at its 18th session, United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Official Documents, pp.37-46

فما ندعوه ولاية في تنظيم فيدرالي من حقها في تنظيم هجرة الطيور عبر إقليمها، ينال من المصلحة الوطنية العريضة في اتساعها، والتي تقتضي أن تنظم هذه الهجرة من خلال معاهدة دولية، ويقولون فيدرالية. خاصة وأن الطيور المهاجرة لا تتوطن في أية ولاية، وإنما يكون مرورها بها عابرا، والمعاهدة والقانون هما اللذان ينظمان هذه الهجرة. ويدونهما أن تكون ثمة طيور تنظمها أية سلطة. وإن يكون ثمة محل للاعتماد عليها، سواء كغذاء أو في مجال تنقيبة وحماية المحاصيل من حشرات<sup>(١)</sup>.

وكما تعارض مضمون المعاهدة وقانون لاحق عليها، وكان للمعاهدة قوة القانون، فإن أولوية التطبيق تكون لهذا القانون دون المعاهدة *Leges Posteriores Priores Contrarias* *Abrogant*.

ذلك أن كلا من المعاهدة والقانون تتكاملان في هذه الصورة في درجتيهما، فلا يكون القانون اللاحق على المعاهدة إلا معدلا أو منهيها لها. فإذا كانت المعاهدة لاحقة للقانون، فإنها تحله بشرط أن تكون نافذة بذاتها *Self-executing Treaty*<sup>(٢)</sup>. وتعتبر المعاهدة كذلك، إذا كان تنفيذها لا يرتبط بصدر قانون ينقل أحكامها إلى النطاق الدألي ويجعلها واجبة الإحترام<sup>(٣)</sup> فإذا كان تنفيذها مطلقا على صدور قانون لاحق، فإن القانون السابق يظل قائما إلى أن يصدر القانون اللاحق. وكثيرا ما تكون المعاهدة غير نافذة نفذا ذاتيا، إما بالنظر إلى طبيعة موضوعها<sup>(٤)</sup> أو بناء على نص فيها.

(١) كانت الولايات المتحدة الأمريكية قد أبرمت مع بريطانيا العظمى من أجل حماية الطيور المهاجرة. وقد أصدر الكونجرس قانونا لتنفيذ هذه المعاهدة، إلا أن ولاية ميسوري نعت على هذا القانون تعديه على المجال المحجوز للولايات بمقتضى التحديد المقرر للدستور الأمريكي. ولكن المحكمة العليا للولايات المتحدة قضت بأنه لا شبهة في دستورية القانون المطعون عليه، لصدوره عن الكونجرس في نطاق سلطته في اتخاذ التكبير الضرورية والملائمة لتنفيذ سلطات الحكومة

*Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 432 (1920).

(٢) *Cook v. United States*, 288 U.S. 102 (1933).

(٣) *Faster v. Neilson* 2 pet (27 U.S.) 253, 314 (1829).

(٤) ومن ذلك معاهدات الحياد، والمعاهدات التي تتعلق بالحرب والمعاهدات التي تكفل للأجانب حقوقا مدنية يشاؤون فيها مع المواطنين

وقد تكون المعاهدة قوة تطو على القانون، ولا يتصور في هذه الحالة أن يحلها قانون لاحق. وهو ما تنص عليه المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي بقولها بأن لكل اتفاق أو معاهدة دولية قوة ترو على القانون إذا كان التصديق أو الموافقة عليها، قد تم وفق الأوضاع المقررة، وبشروط تبادل تطبيقها بين الدول أطرافها.

وكلما كان تدخل السلطة التشريعية مطلوباً لتنفيذ معاهدة دولية، فإن الأمر يحتمل عندئذ أحد فرضين:

أولهما: أن يكون موضوع المعاهدة ولعاً في إطار المسائل التي عهد الدستور صراحة إلى السلطة التشريعية بتنظيمها. وعندئذ يدخل تنفيذ المعاهدة في إطار اختصاص كلفة الدستور لهذه السلطة.

ثانيهما: أن يكون موضوع المعاهدة ذا طبيعة دولية. وفي هذه الحالة لا يتدخل المشرع لتنفيذ المعاهدة بناء على نص مباشر في الدستور بقولها هذا الاختصاص. وإنما لأن ولايتها المقررة بالدستور يدرج تحتها ضمناً. إقرار كافة القوانين التي تراها ملائمة وضرورية لإعمال مقتضاها *The necessary and proper clause*.

وليس للمشرع في نظام فيدرالي، أن يجرم الأعمال المخلة بالنظام داخل حدود الولاية، ولكنه يستطيع تقرير عقوبة عن هذه الأفعال ذاتها، إذا كان من شأنها حرمان غير المواطنين بها، معن الحقوق التي كفلتها لهم معاهدة دولية. فلا يكون القانون الصادر عن المشرع الفيدرالي، إلا إجراء ضرورياً وملائماً لتنفيذ هذه المعاهدة<sup>(١)</sup>.

كذلك لا تختص السلطة التشريعية وفقاً للدستور بتحويل قضايتها مسألة قضائية على مواطنيها في الدول الأجنبية، لأن ذلك من مهام التي تنظمها المعاهدة فيما بين الدول أطرافها، وإن جاز للسلطة التشريعية أن تصدر قانوناً تكملياً لهذه المعاهدة، باعتباره إجراء ملائماً وضرورياً لتطبيقها. ولا يجوز للسلطة التشريعية كذلك أن تصدر قانوناً بتسليم الهاربين من العدالة إلى الدولة طالبة التسليم، ولكن المعاهدة بوسعها ذلك. وقد أصدر المشرع كثيراً من القوانين التي ينفذ بها معاهدات التسليم هذه.

(١) *Neely v. Henkel*, 180 U.S. 109, 121 (1901).

وتتخصص الرقابة على الدستورية في هذه الصور جميعها، في التحقق مما إذا كان تدخل السلطة التشريعية على النحو المتقدم، يعتبر إجراء ضروريا وملتما لتنفيذ معاهدة قائمة. فإن لم يكن هذا التدخل كذلك، فإن هذه السلطة تكون قد جاوزت حدود ولايتها، وأنت بالتالي عملا مخالفا للدستور.

بما مؤداه، أن كافة المسائل ذات الطبيعة الدولية وما يتصل بها من حقوق الدول والترامات، تنفرد عن حقوق السيادة التي تباشرها كل دولة على امتداد إقليمها. وليس لسلطة محلية من شأن بها. وإنما الشأن فيها إلى السلطة القومية المركزية التي تملك من خلال المعاهدة الدولية تنظيم هذه المسائل على الصعيد القومي، ولو كان للسلطة المحلية بعض الحقوق في شأنها.

#### المطلب السادس

#### المعاهدة الدولية والتفويض البرلماني

٤٩٥- لا يعتبر مخالفا للدستور، خروج المعاهدة الدولية على الشروط التي تتطلبها السلطة التشريعية لإبرامها. ذلك أن مجاوزة رئيس الجمهورية لحدود تفويض صدر عنها للدخول في المعاهدة الدولية، لا يدل بالضرورة على إهداره نصوص الدستور، ويؤكد فقط مجاوزة المعاهدة لشروط يفترض أن تكون إطارا لها، ومدخلا لتنفيذ الحقوق التي كفلتها.

ولا كذلك أن تدخل المعاهدة التي دخل فيها رئيس الجمهورية بحقوق الأفراد أو حرياتهم الأساسية التي يكفلها الدستور أو وثائق إعلان الحقوق، ولو كان موضوع المعاهدة من طبيعة دولية تخص أسرة الدول، وتدخل في اهتماماتها International Concern.

وإن صح القول بأن الطبيعة الدولية لموضوع المعاهدة تعبير مرن، وأن المعاهدة الدولية في تطورها الراهن تتناول مسائل تنتوع مجالاتها باطراد، ويزداد اتساعها يوما بعد يوم، ولسم تكن أسرة الدول تعطيها من قبل قدرًا كبيرًا من الاهتمام، كالاتجار غير المشروع بالعمل المهاجرين، واستغلال المدمنين والبغايا وعمل الأطفال، وحظر كافة أشكال نظام العمل المسبخر، وصور التمييز ضد المرأة، وفرض الزواج قسرا، والرق في صورته التقليدية، وكذلك في أشكاله الجديدة التي تتمثل في التحريض على دعاية المرأة والتعامل في الأطفال، وارتهاش شخص وفاء

لدين. وكذلك تعويض ضحايا إساءة استعمال السلطة وحماية كافة الأشخاص الذين يتعرضون بصفة مؤقتة للاحتجاز أو غير ذلك من صور تقييد الحرية الشخصية المجانية لشرط الوسائل القانونية السلمية، كالإيداع غير المشروع في السجن.

### المطلب السابع

#### المعاهدة الدولية ونظرية الأعمال السياسية

٤٩٦- الأصل في المعاهدة الدولية أن تتقيد بالشروط الشكلية والموضوعية التي تتطلبها الدستور فيها.

٤٩٧- وقد تتضمن المعاهدة الدولية أحكاماً تخرج بطبيعتها من مجال الرقابة القضائية على الدستورية. ويندرج تحتها ما إذا كان ثمة إخلال بالمعاهدة قد صدر عن دولة متعاقدة؛ وما إذا كان للدخول في المعاهدة يرتبط بأوضاع لم يحد لها من وجود بالنظر إلى ما طرأ من تغيير جوهري على ظروفها Fundamental Change in Circumstances؛ وما إذا كان ثمة إجراء أو إعلان قد صدر عن دولة متعاقدة، يخول السلطة الوطنية حق الرد عليها بإجراء مقابل، سواء بالامتناع عن تنفيذ المعاهدة، أو بوقفها، أو باتخاذ إجراء على خلافها<sup>(١)</sup>.

وليس لقضاء الشرعية الدستورية كذلك من شأن بقرار للحفاظ على المعاهدة؛ ولا بقرار سحبها؛ ولا بالشروط التي تنفق عليها دولتان متعاهدتان لتطبيق معاهدة دولية بصفة مؤقتة؛ سواء في كامل أجزائها أو بعضها؛ ولا بنصوص المعاهدة التي تكفل للدول الأغيار عنها، حقوقاً تمنحها لها؛ ولا بتعديل معاهدة قائمة؛ ولا بقرار للدول المتعاقدة فصل بعض أجزاء المعاهدة عن بعض؛ ولا بقرار إحداها أو بعضها إلغاء المعاهدة أو وقفها أو التخلي عنها، أو انسحابها منها. ذلك أن كل قرار من هذا القبيل يدخل في الولاية المنفردة للسلطة التنفيذية، ولو كان قبول السلطة التشريعية للمعاهدة، مشروطاً بالتنفيذ بأحكامها.

٤٩٨- ويظل لقضاء الشرعية الدستورية الولاية الكاملة للتحقق من استيفاء المعاهدة للشروط الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها، كالتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. وهو

(١) Taylor v. Morton, 23 Fed Case. 784 (No. 13, 799) 1855; See also Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979).

ما تنص عليه المادة ١٥١ من دستور مصر. ولئن خلا هذا الدستور من بيان حكم الانضمام إلى المعاهدة؛ إلا أن لهذا الانضمام الآثار ذاتها التي يربتها التصديق. كلاهما يخلع على المعاهدة قوة القانون وينقلها إلى القانون الدلخلي بعد نشرها في الجريدة الرسمية، وذلك عملاً بنص المادة ١٥١ المشار إليها.

ومن ثم تتجسد المعاهدة من قوة القانون، ولا تنفذ في النطاق الداخلي إذا لم يصدق عليها رئيس الجمهورية، أو كان قد صدق عليها، ولكنها لم تنشر.

ذلك إن نشر أحكامها في الجريدة الرسمية يعتبر شرطاً جوهرياً لافتراض العلم بها، وإمكان تطبيق المحاكم الوطنية لها، وفرضها على المخاطبين بها.

ويعتبر التصديق على المعاهدة، وكذلك الانضمام إليها تعبيراً من الدولة المتعاقدة عن إرادة التقيد بالمعاهدة، ولكلها يختلفان في أن التصديق على المعاهدة يفترض تفاوض الدول -التي تتبادل وثائق التصديق فيما بينها- على أحكام المعاهدة<sup>(١)</sup> ولا كذلك الانضمام إليهما Accession إذ يصدر عن جهة في السلطة التنفيذية منحها الدستور. هذا الاختصاص في شأن معاهدة لم تتفاوض عليها؛ ولم توقعها.

ومن ثم كان الانضمام إلى المعاهدة قبولا من هذه الجهة للدعوة المفتوحة الموجهة إليها من الدول أطرافها للتقيد بأحكامها، وفق شروط هذه الدعوة ومتطلباتها التي تحيها الدول الأصلية في المعاهدة<sup>(٢)</sup>. وهي الدول التي أبرمتها ابتداءً؛ وإن كان خضوع المعاهدة للشروط الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها، شرطاً لسلامتها دستورياً.

كذلك يفرض قضاء الشرعية الدستورية وقائهم في شأن مضمون النصوص التي حوتها المعاهدة للتحقق من موافقتها للدستور في محتواه.

(١) الأصل في القانون الخاص هو أن تدل إرادة النائب محل إرادة الأصل متى التزم النائب بتعليمات الأصل. وكان من المفترض في القانون الدولي -فيما لو أخذنا بالقاعدة السابقة- أن تعتبر المعاهدة نافذة في حق الدولة إذا أبرمها من كان يتفاوض باسمها عليها، في حدود توجيهاتها. ولكن المعمول به الآن في محيط الأسرة الدولية، هو أن التصديق اللاحق على التفاوض، يعتبر إجراءً ضرورياً لنفاذ المعاهدة.

(٢) Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, pp.129-157.

ومن ثم يعتبر مخالفا لل دستور، إنكار هذه النصوص الحق في التقاضي، أو لحق غير المواطنين في اقتضاء الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة التي اكتسبها هؤلاء وفق النظم القائمة؛ أو لحق المواطنين في المعاملة المتكافئة أمام القانون؛ أو الحق في بيئة خالية من ملوثاتها.

### المطلب الثامن

#### إنهاء المعاهدة

٤٩٩- الأصل أن يكون إنهاء المعاهدة باتفاق أطرافها، أو نتيجة إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالتزاماتها، أو بناء على إخطار تنصح به إحدى الدول المتعاقدة عن رغبتها في إنهاء العمل بالمعاهدة بعد فترة زمنية من اتصال هذا الإخطار بها.

وحتى في الأحوال التي يكون فيها إقرار المعاهدة الدولية، مقتضيا تخطيا من السلطة التشريعية، فإن رئيس الجمهورية كثيرا ما يستغل بإبائها بعد الدخول فيها، مستندا في ذلك إلى مسؤوليته المباشرة عن إدارة الشؤون الخارجية للدولة على ضوء ما يتلقاه من معلومات من مصادره الموثوق بها. فلا يتخذ قرارا بالدخول في المعاهدة أو بإلغائها إلا بعد تقييم الأوضاع التي تحيط بها. وعلى السلطة التشريعية بالتالي أن تقدم لرئيس الجمهورية كل دعم وتقتضيه إلغاءه لمعاهدة تم إبرامها وفقا للدستور، وذلك لضمان وحدة توجه الدولة في مسائل لها خطرها، ويتعين أن يكون صوتها فيها واحدا.

وقد يقال بأن تعليق إقرار المعاهدة على موافقة السلطة التشريعية، مؤداه أن يكون تدخلها مطلوبا كذلك لإنهاء العمل بها، ولو كان رئيس الجمهورية في مركز أفضل منها في مجال تقييم الآثار المترتبة على إلغائها، خاصة إذا كان للمعاهدة قوة القانون، مما يجعل حق إلغائها عملا تشريعيا.

إلا أن التجربة العملية تدل على أن السلطة التشريعية قلما تصدر قانونا تلغي به معاهدة نافذة. غير أنها أحيانا تتخذ موقفا من معاهدة قائمة بما يوفر لرئيس الجمهورية إطارا ملائما للتدخل لإنهاء المعاهدة<sup>(١)</sup>.

(١) اتخذ الكونجرس الأمريكي قرارا مشتركا حول رئيس الجمهورية بمقتضاء -وفي حدود سلطته التقديرية- بأن يخطر الحكومة البريطانية بإلغاء الحكومة الأمريكية لاتفاقية ١٨٢٧/٨/٦ المتعلقة بالاحتلال المشترك لسهاتين الدولتين لإقليم أوريجون Oregon.

وقد تفوض السلطة التشريعية رئيس الجمهورية في أن يخطر الدول المتعاقدة بإنهاء معاهدة دخل فيها، فلا يكون موقفها من المعاهدة غير إذن بالتخلي عنها بدءاً من الفترة التي حددها هذا الإخطار لاتقضاؤها. وقد ينزع رئيس الجمهورية في دستورية تفويض صدر عن السلطة التشريعية تكلفه به بالتصل من معاهدة قائمة<sup>(١)</sup>. وقد يلغى رئيس الجمهورية معاهدة قائمة بغير الرجوع إلى السلطة التشريعية أو إلى مجلس شيوخها<sup>(٢)</sup>.

ولرئيس الجمهورية أن يقرر كذلك ما إذا كانت المعاهدة التي ارتبط بها لا تزال معمولاً بها. ذلك أن مجرد إخلال دولة متعاقدة بالتزاماتها الناشئة عن المعاهدة، لا يلزم غيرها من الدول المتعاقدة بالتححر منها، بل لها أن تبقيا نافذة في مواجهتها<sup>(٣)</sup>.

وسواء كان إنهاء المعاهدة عملاً يستقل به رئيس الجمهورية، أو يصدر في إطار توليق بين رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية، أو تفود به هذه السلطة - هو أمر نادر - فإن إنهاء المعاهدة يظل من الأعمال السياسية التي تخرج بطبيعتها عن الرقابة القضائية.

وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها إذا قرر رئيس الجمهورية أن المعاهدة التي ارتبط بها لا تزال معمولاً بها، رغم إخلال إحدى الدول المتعاقدة بأحكامها أو تتصلها منها. وليس لجهة الرقابة على الدستورية أن تنازع رئيس الجمهورية في تقديره، ولا أن تفرض عليه تصورها للطريقة التي ينبغي أن يدير بها السياسة الخارجية من خلال المعاهدة الدولية التي تعتبر للعنصر الحاسم في تقرير أبعادها وتطوير ملامحها. ذلك أن قرار رئيس الجمهورية في ذلك يكون نهائياً فلا يعاق. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تنقيد به، وألا تعتد بعمل أو إجراء يعطل إنفاذ السياسة الخارجية، أو يرهقها.

(١) كان الرئيس الأمريكي لينكولن أول رئيس أمريكي يخطر الدول المتعاقدة بإنهاء معاهدة دخل فيها معها، بغير أن يحصل على ترخيص بذلك من الكونجرس الذي صدق بعد ذلك على قراره.

(٢) لأن الرئيس الأمريكي كارتر المعاهدة المبرمة بين الولايات المتحدة وتايوان بقرار منفرد منه. وقد أثار ذلك مناقشات مطولة داخل مجلس الشيوخ. إلا أن هذا المجلس لم يقترح ضد الإلغاء المنفرد لهذه المعاهدة حتى لا يدخل في نزاع مع رئيس الجمهورية.

(٣) *Charlton v. Kelly*, 229, U.S. 447 (1913) at 473-476.

وليس لولاية في تنظيم فيدرالي أن تعيد تشكيل هذه السياسة لتوافق مذهبها في تصريفها، وإلا كان ذلك اعتداءً منها على السلطة المركزية التي تستقل بتقديرها وتقييمها ومراجعتها غير مقيدة في ذلك لا بمسائير الولايات الأعضاء في الاتحاد، ولا بتشريعاتها، ولا بأحكامها القضائية.

٥٠٠- ومن صور إنهاء المعاهدة، أن تنظم الدول أطرافها موضوعها من جديد بمعاهدة لاحقة، وذلك إذا بدا من المعاهدة اللاحقة، أو من دليل آخر، على توافق الدول أطرافها على أن تحل المعاهدة الجديدة محل القديمة، أو قام للتعارض الظاهر بين نصوص المعاهدتين بحيث يستحيل توفيقهما معاً<sup>(١)</sup>. ولا يخل إنهاء دولة متعاقدة لمعاهدة ترتبط بها ولا تخليها عنها أو انسحابها بها منها أو وقفها لها، بواجبها في إيفاء التزاماتها المنصوص عليها في المعاهدة، إذا كان عليها الامتثال لها نزولاً على القواعد التي ألزمها القانون الدولي بالخضوع لها استقلالاً عن المعاهدة<sup>(٢)</sup>.

٥٠١- ويفترض إلغاء المعاهدة. نشوئها صحيحة وفقاً لقواعد القانون الدولي. ولا كذلك أن يكون إرماها باطلاً أصلاً نتيجة تهديد باستعمال القوة أو استخدامها فعلاً بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة؛ وكذلك إذا كان قبول إحدى الدول للمعاهدة قد نجم عن خطأ في واقعة، أو في مركز كان يفترض أن يُلحَق وقت إبرامها، إذا كان هذا الخطأ عنصراً جوهرياً في قبولها للتقيد بأحكامها. وكما تبطل المعاهدة بالخطأ على النحو المتقدم، يبطلها كذلك كل غش أو تحايل أو إرشاء لممثل الدولة المتعاقدة بما يؤثر في إرادتها، ويحملها على القبول بالمعاهدة.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن إلغاء المعاهدة يعتبر عملاً إرادياً وتصرفاً قانونياً يصدر بالإرادة المنفردة. ولا كذلك أن تظهر أثناء سريان المعاهدة، قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق على خلوها، *A new peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character* إذ يعتبر ظهور هذه القاعدة، منهيها للمعاهدة بقدر تعارضها مع أحكامها.

(١) انظر في ذلك المادة (٥٩) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. هذا وتنص الفقرة الأولى من المادة (٦٠) من هذه الاتفاقية، على أن إخلال طرف في معاهدة ثقيلة إخلالاً مادياً *A material breach* بمعاهدة قائمة، يدخل

الطرف الآخر إنهاءها، أو وقف العمل بها بصورة كلية أو جزئية.

(٢) انظر في ذلك المادة ٤٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

### المطلب التاسع

#### المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية

٥٠٢- قد تكون المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية قليلة أهميتها كذلك التي تتعلق بتنظيم التجارة بين الدول بشرط التبادل، أو التي تتعلق بالخدمة البريدية فيما بينها، أو بإجراء تعديل بسيط في الحدود الإقليمية، أو بتنظيم الحماية التي تكفلها الدول المتعاقدة فيما بينها في شأن يتعلق بعلاماتها التجارية أو بحقوق مؤلفيها.

وقد ترقى المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية إلى حد للنظر إليها كت تنظيم جماعي يضم دولاً عديدة، بما يشرع لها على نحو يعدل القواعد العرفية المعمول بها فيما بينها أو يبدلها بقواعد جديدة تنقضيها، لتظهر المعاهدة الدولية في النهاية بوصفها تقنياً شاملاً يحيط بالمسائل التي تتناولها ويفصل أحكامها، ويطور في مجالها من القواعد التي تقوم عليه أسرة الدول Law-making Treaty Provisions. ومن ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي تنظم استقلال مصادر الثروة في قيعانها وقيعان المحيط، الواقعة فيما وراء حدود الولاية الوطنية.

ويظل محظوراً على الدول الأعضاء في الأسرة الدولية أن تنظم مسائل بعضها تمنعها من الدخول فيها قواعد القانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق على خالفها Jus Cogens ومن ذلك ما ينص عليه هذا القانون من حظر استعمال القوة أو التهديد باستخدامها بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة، ومن حظر الاتفاق من خلال معاهدة دولية على إثبات بعض الجرائم كجرائم الحرب وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية، كجريمة الرق، وتطهير الناس عرقياً وإبادتهم بصورة جماعية؛ وسحق أمنيته من خلال السفرة؛ وتضييقهم بالنظر إلى آرائهم أو معتقداتهم؛ وإخفائهم عن ذويهم وحملهم على تجربة طبية أو علمية بغير رضائهم؛ وقهر إرادتهم لإكراههم على الإقرار بجريمة.

٥٠٣- وأياً كان نطاق المسائل التي تتناولها المعاهدة، فإن نفاذها مؤداة أن تنقيد الدول أطرافها بأحكامها Pacta sunt servanda وأن تعمل على تطبيقها في إطار من حسن النية<sup>(١)</sup>، ويلتزم مباشر. فلا تحكم المعاهدة أفعالا سابقة عليها، ولا مركز زل وجودها قبل سريانها ما لم ينص المعاهدة على غير ذلك.

(١) المادتان ٢٦ و ٢٧ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

### المطلب العاشر

#### الاتفاقيات الدولية وشروط تطبيقها

#### في القانون الداخلي، وعلاقة الدستور بها

٥٠٤- يتنظم الدول من خلال معاهداتها الدولية، كثيرا من الشؤون التي تعنيها وتتصل بمصالحها. ويعتبر التفاوض على المعاهدة، العملية الأكثر تعقيدا في مجال توكيدها.

بيد أن المعاهدة لا تصل إلى غايتها بمجرد التفاوض على أحكامها، ثم إبرامها فيما بين الدول أطرافها. وإنما تنفذ المعاهدة على الصعيد الدولي بشرط التصديق عليها من قبل الدول التي أبرمتها. فإن لم تكن قد وقعتها، فإن المعاهدة لا تنفذ قبلها بغير الانضمام إليها.

وقد لا تصدق الدولة على معاهدة أبرمتها، أو تترأخى فيه مدة من الزمن تطول أو تقصر، فلا تنفذها المعاهدة حتى في النطاق الدولي. ذلك أن التصديق على المعاهدة هو الإجراء الذي تدخل به أحكامها مرحلة التنفيذ. وعدولها عن التصديق عليها أو أرجاؤه، مرده إلى مصالحها التي تزنها بالقسط على ضوء أثر المعاهدة عليها، فإذا استقر أمرها على التصديق، وتم التصديق فعلا، فإن المعاهدة تنتقل بصفة تلقائية إلى المجال الداخلي في الدول التي تنص دستورها على أن مجرد التصديق على المعاهدة ونشرها في الجريدة الرسمية، يدمجها في القوانين الوطنية ويجعلها جزءا منها.

وليس ثمة حاجز بالتالي في هذه الدول بين سريان المعاهدة على الصعيد الدولي، والتعدي بها في النطاق الداخلي. وتلك هي وحدة الصلة بين هذين النظامين *Monisme*. وهي وحدة مقتضاهما أن تنفيذ المعاهدة في النطاق الداخلي لا يشترط فيه أن يصدر بعد التصديق عليها قانون خاص يدمجها في الأنظمة الوطنية ويلحقها بها. ذلك أن صدور هذا القانون لا يشترط في غير الدول التي تفصل بين سريان المعاهدة في النطاق الدولي، وتطبيقها في النطاق الداخلي بقانون *Dualisme* وتجعل هذا التطبيق موقوفا على صدور ذلك القانون. وهو ما يحمل في ثنياه، كثيرا من المخاطر. ذلك أن المعاهدات الدولية وإن كانت أصلا تنظم علاتق الدول فيما بينها، إلا أن التطور الراهن في مجال القانون الدولي، جعل من المعاهدات الدولية أداة للتقنين المتطور لقواعد القانون الدولي في مجال حقوق الإنسان، ليس فقط من خلال بيان هذه الحقوق ورصدها، وإنما

كذلك عن طريق العمل على ضمانتها فيما بين الدول المتعاقدة وفق آلية تحددها المعاهدة تكفل فعالية تنفيذها<sup>(١)</sup>، فلا يكون اقتضاء الأفراد لحقوقهم التي يبتتها المعاهدة رهن إرادة دولهم.

ذلك أن المعاهدة التي تنظم حقوقهم وحرياتهم لا تعاملهم بوصفهم مواطنين ينتمون إلى الدول المتعاقدة. وإذ بالنظر إلى كونهم بشرًا، وينبغي أن يعاملوا على هذا النحو. فلا تكون حقوقهم قبل هذه الدول حقوقًا هامة. بل حقوقًا نافذة تنبض الحياة فيها. وليس للدولة المتعاقدة بالتالي أن تمنعها أو تمنحها وفق مشيئتها، ولا أن تتنزع بحقوق السيادة التي تملكها حتى تتخلص من معاهدة قبلتها، ولا أن تجعل من إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالحقوق التي كفلتها المعاهدة للأفراد، سببًا لتصلسها هي منها. ذلك أن حقوق الإنسان وحريته لا يجوز للتضحية بها لمجرد أن بلاد آخر لا يعطيها ما تستحقه من الاهتمام، أو لا يكتفي بصورة ملائمة، أو يعمل على نقضها<sup>(٢)</sup> أو يرهق الحصول عليها بوسائل مختلفة؛ أهمها القواعد الإجرائية المعقدة التي يحيطها بها. خاصة وأن المفاهيم التقليدية للميادة الإقليمية، يتقدها اليوم ما هو ملحوظ من تدخل مضالحي الدول لا تصادما، وتعاونها من خلال التفاوض لحل منازعاتها.

وإذا كانت المعاهدة هي الوسيلة المثلى التي تنظم الدول بها الإطار الملائم لعلاقتها المتبادلة، فإن تنفيذها بحسن نية يكون واجبًا. ولا يتحقق ذلك في النطاق الداخلي بغير إعمال المعاهدة كجزء من القوانين الوطنية، فور التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو ما نراه الحل الأفضل للعلاقة بين القانونين الدولي والداخلي. إذ لا يجوز القول بمنطقتين لنفاذ المعاهدة إحداهما على صعيد العلاقات فيما بين الدول وبعضها البعض؛ وأخرها على صعيد العلاقات فيما بين الدولة المتعاقدة ومواطنيها. ذلك أن هذا الفصل غير متصور كلما كان الأفراد محيين أصلاً بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم وخولتهم حق الانتفاع بها. إذ لو قيل بأن لكل دولة متعاقدة أن تنصر للمعاهدة بالطريقة التي تراها، وأن تعطيها المعاني التي توافق مصالحها الضيقة،

(١) ومن أسف أن هذه الآلية لا تصل أبعادها إلى حد إلزام الدول المتعاقدة بأن تعمل على ضمان حقوق الإنسان التي كفلتها المعاهدة، ولكنها -وعن طريق اللجان التي تنشأ لمراقبة تطبيق هذه الحقوق- تقدم توصياتها إلى الدول المتعاقدة التي تظل بها، أو تباشر في أحسن الفروض ضغوطها عليها لتتصين وضعية حقوق الإنسان بها.

(٢) تأخذ بعض الدول كالسفنال وفرنسا، الأولى بمقتضى المادة ٩٨ من دستورها الصادر في ٢٢ يناير ٢٠٠١ والثانية بمقتضى المادة ٥٥ من دستورها، مبدأ نفاذ المعاهدة في الداخل بشرط تنفيذها من قبل الدولة الأخرى الطرف فيها.

وأن تقرر بنفسها شروطاً مبررين المعاهدة في إقليمها، لصار انتفاع الأفراد بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم مطلقاً على إرادتها، تبسط هذه الحقوق أو تقيضها وفق ظروفها الخاصة. فلا تتوافر السلطة القضائية - وكلما ظل تنفيذ المعاهدة مترخياً على الصعيد الداخلي - المرجعية القانونية التي تعتمد عليها في إعمال الحقوق لأصحابها.

فإذا أضير الأفراد في الدول المتعاقدة من عدول هذه الدول على تلك الحقوق، أعوزتهم الوسائل القانونية التي يردون بها هذا العدول، فلا يصلون على الترضية القضائية Judicial relief اللازمة لجبره. بما مؤداه أن الوسائل القضائية وحدها هي التي تكفل قانوناً فعالية تنفيذ المعاهدة. ذلك أن المحاكم هي التي تعطيها تفسيراً يوافق موضوعها وأهدافها، ويستخلص معانيها من دلالة ألفاظها في سياقها، وبما لا يخل بحسن النية في مجال تطبيق المعاهدة.

وكان منطقياً بالتالي أن تحرص الموائيق الدولية على حفز الدول أطرافها على اتخاذ كافة التدابير الملائمة التي تدخل بها هذه الموائيق حيز التنفيذ في كافة الأقاليم المشمولة بولايتها. ومن ذلك نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاتفاقية الدولية التي تكفل حماية الأفراد من كافة الأعمال المضنية إلي تعذيبهم أو معاملتهم بطريقة مهينة أو قاسية أو مجردة من الخصائص الإنسانية. ذلك أن هذه الفقرة تدعو الدول المعبرة أطرافاً في هذه الاتفاقية إلي أن تعمل من خلال كافة التدابير التشريعية وإدارية وقضائية - على تحقيق الأغراض التي تستهدفها المعاهدة في أقاليمها. وعلاوةً بالفقرة الأولى من المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، تتعهد كل من الدول المعبرة طرفاً في هذا العهد، بأن تتخذ من جانبها - وسواء من خلال جهودها الذاتية أو عن طريق تعاون دولي، وفي حدود أقصى الموارد المتاحة لها - كافة التدابير التي تكفل بصورة مطردة، المباشرة الكاملة لهذه الحقوق بما في ذلك - وعلى الأخص - التدابير التشريعية.

وظاهر من هذه النصوص وما شابهها أنها تحرص على نقل المعاهدة الدولية من النطاق الدولي إلى النطاق الداخلي، وذلك بإلزامها الدول المتعاقدة بأن تعمل في حدود أقصى قدراتها، على اتخاذ كافة التدابير المحققة لهذا الغرض، بما في ذلك ما يكون منها من طبيعة تشريعية. والتركيز على الطبيعة التشريعية لهذه التدابير موجه بالضرورة إلى الدول التي تعلق نفاذ المعاهدة في القانون الداخلي على صدور قانون خاص يدمجها في نظمها الوطنية ويجعلها جزءاً من تشريعاتها الداخلية.

٥٥٥- ويتعين أن يلاحظ في هذا الشأن أمران: أولهما: أن نفاذ المعاهدة في القانون الداخلي، يكفل وحدة ضوابط تطبيقها بما يتفق وموضوع المعاهدة في سياق ألفاظها، وبمراعاة الغرض المقصود منها. ثانيهما: أن الطبيعة الأمية لحقوق الإنسان تقتضي حماية دولية لها. ولن تؤدي هذه الحماية ثمارها بغير تدخل الدول لضمان تنفيذ هذه الحقوق من خلال كافة الوسائل الداخلية التي تملكها. ذلك أن الحقوق التي لا نفاذ لها لا قيمة لها<sup>(١)</sup> وإلما تكن قيمة الحقوق في طبيعتها، وفي دورها، وفي الأغراض التي تعمل على تحقيقها.

ولا يجوز بالتالي للدول الأعضاء في الأسرة الدولية، أن تعطيها مفاهيم تزيد بها من دائرة نفوذها، لتمنحها مركزاً تقضيها تلعبه على مواطنيها. وإذا كانت الموائيق الدولية لحقوق الإنسان، توفر قواعد إجرائية غير قضائية لضماناتها؛ إلا أن الحماية الأفضل لهذه الحقوق، هي التي تقدمها السلطة القضائية. ذلك أن أحكامها تتمتع بخصوصية للتنفيذ جبرا على من يجهلون قوتها. وتأتي المحكمة الدستورية العليا في مصر على قمة نظمها القضائية التي توفر لحقوق الأفراد وحرياتهم، أكثر ضماناتها حسماً وقوة. ذلك أن هذه المحكمة تميز في نطاق المعاهدة الدولية بين أمرين:

أولهما: مسائل تتعلق بالمعاهدة ولا يجوز الفصل قضائياً فيها، كذلك التي تتعلق بالتفاوض عليها وإبرامها والتصديق عليها والالتزام لها وإلغائها، على تقدير أن هذه المسائل جميعها تعتبر من المسائل السياسية لصلتها المباشرة بالكيفية التي تدير بها السلطة التنفيذية علاقاتها الخارجية.

وهي علائق احتجز الدستور لها الحق في تنظيمها. بل إنه حتى في الأحوال التي يكون فيها الدخول في المعاهدة مطلقاً على موافقة السلطة التشريعية؛ فإن إلغائها لا يكون كذلك. وكثيراً ما توفر السلطة التشريعية بنفسها للسلطة التنفيذية الإطار الملائم لإلغاء معاهدة قائمة.

ثانيهما: مسائل تتعلق بكافة الحقوق التي تولدها المعاهدة لأطرافها - لمواطنيها من خلال دولهم - وهذه تخضعها المحكمة الدستورية العليا لرقابتها للتحقق من تطابق المعاهدة والمستور في كافة أحكامه. وتباشر المحكمة رقابتها هذه من خلال التحقق أولاً من استيفاء المعاهدة للأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها، كذلك المتعلقة بإبرامها والتصديق عليها وبشرها في الجريدة الرسمية. ذلك أن المعاهدة لا تتمتع بقوة القانون بغير استيفاء هذه الشروط الشكلية جميعها. وهو ما تنص عليه المادة ١٥١ من الدستور.

(١) قديما قال الخليفة العادل عمر بن الخطاب "لا تكلم بحق لا نفلا له".

ولا يجوز بالتالي تطبيق معاهدة في النطاق الداخلي لجمهورية مصر العربية إذا لم يصدق عليها رئيس الجمهورية، أو صدق عليها، ولكنها لم تنتشر بكافة تصديقاتها حتى يلم بها القاضي ويتولى تفسيرها وفق اجتهاده وفي حدود فهمه لها، غير مقيد في ذلك بوجهه نظر وزارة الخارجية في شأن دلالتها، وإن جاز أن يستأنس برأيها ويؤيده ما يستحق من الاعتبار. وتشكل المعاهدة المعنوية للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، هي أداة تقرير الحقوق التي أنشأتها.

٥٠٦- وهذه الحقوق هي التي تفصل المحكمة الدستورية العليا في اتفاقها أو مخالفتها للدستور، مستعينة في ذلك بحد من الضوابط أهمها:

١. أن حقوق الأفراد التي كتلتها المعاهدة لهم بوصفهم بشرا، إما أن يكون الدستور قد نص عليها؛ وإما أن يكون الدستور قد خلا من تنظيمها.

أ- فإذا كان لحقوقهم في المعاهدة ما يقابلها من الحقوق المنصوص عليها في الدستور -كتظيم المعاهدة والدستور معا لحرية التعبير مثلا- تعين للفصل في دستورية الحقوق المنصوص عليها في المعاهدة وفق معايير تطبيقها في الدول الديموقراطية الأكثر تقدما.

فإذا كانت مستوياتها في المعاهدة أقل، أو كانت القيود عليها في المعاهدة أكبر من تلك التي تأخذ بها هذه الدول وتطبيقها في العمل فيما بينها، وتتخذها قاعدة لمسلوكها؛ تعين إبطال المعاهدة.

ب- أما إذا كانت حقوق الأفراد الإنسانية المنصوص عليها في المعاهدة، لا مقابل لها في الدستور. تعين أن تعمل المحكمة للدستورية على إيجاد صلة بين الحقوق المقررة بالمعاهدة وتلك المنصوص عليها بالدستور. ويقع ذلك بوسيلتين:

أولاهما: أن ترد المحكمة فروع المسائل المنصوص عليها في المعاهدة إلى أصلها المقرر بالدستور، ثم تقسمها على هذا الأصل فصلا في دستوريتهما.

فإذا كانت المعاهدة مثلا تخطر إجراء تجربة طبية أو علمية على شخص بخير رضاه، أو تمنع تعذيبه، أو ناهية عن حمله بالإكراه على الإقرار بجريمة؛ فإن أحكام المعاهدة في هذا الشأن تنفرع جميعها عن الحق في الحياة. فإذا كان الحق في الحياة مكفولا بنص للدستور، ولا مقابل

لهذه الفروع فيه، تعين تفسيرها وحملها على أصل الحق في الحياة، فلا يكون لتلك الفروع غير معانيها المنسوبة إلى هذا الأصل.

ثانيهما: وعلى نقض الفرض السابق، فإن المعاهدة، قد لا تحيط بفروع المسائل التي فصلها الدستور، ولكنها تتناول أصل الحق فيها، كأن تكفل المعاهدة للمخاطبين بها، الحق في حماية خواص حياتهم حتى لا ينتهكها أحد.

فإذا كان الدستور ينظم هذه الفروع، ولا يعرض لأصل الحق فيها، كما لو كفل الدستور فقط حرمة الرسائل البريدية والبرقية والهاتفية، أو منع تفتيش الأشخاص أو أملاكهم أو أماكن أقامتهم بغير إذن قضائي؛ وجميعها فروع لأصل الحق في الحياة الخاصة الذي لم يعرض له الدستور<sup>(١)</sup>؛ فإن فروع المسائل المنصوص عليها في الدستور، ترد إلى أصولها في المواثيق الدولية، وإلى صور تطبيق هذه الأصول في الدول الديمقراطية الأكثر تقدماً، لتتحدد على ضوء مذهبها في العمل، والضوابط التي التزمتها في سلوكها؛ دستورية أحكام المعاهدة.

٢. يبقى بعد هذا فرض أخير، هو أن يتخذ ربط حقوق الأفراد المنصوص عليها في المعاهدة -سواء في أصولها أو فروعها- بالحقوق المنصوص عليها في الدستور، كما لو كانت المعاهدة تعطي المرأة الحق الكامل في إجهاض نفسها خلال فترة حملها، وأيا كان زمن الحمل، بل ولو لم تكن حماية صحتها تقتضيه.

وفي هذه الحالة تتحدد دستورية النص الولد في المعاهدة، على ضوء مبدأ خضوع الدولة للقانون.

ويفترض هذا المبدأ خضوع الدولة بكافة تنظيماتها لقاعدة قانونية تسمو عليها وتقيدها، لا لأنها هي التي صنعتها، وإنما لأن القيم العليا تقتضيها، حتى لا تكون السلطة امتيازاً لأحد يباشرها بالطريقة التي يراها؛ وبمراعاة أن مبدأ خضوع الدولة للقانون، مبدأ شديد الاتماع، يلزمها بأن تعمل وفق ما يراه الناس في مجموعهم حقاً وعدلاً. فلا يكون العقل الجمعي غير إطار لتحديد مفهوم مبدأ الخضوع للقانون.

(١) كذلك قد لا ينص الدستور على ضمان حرية التعبير التي كفلتها المعاهدة. وإنما يكتفى بحظر مصادرة الصحف والمجلات على اختلافها ومنع مصادرتها بالطريق الإداري فإن هذا الحظر والمنع يكونان من فروع حرية التعبير التي خلا الدستور من النص عليها ولكن المعاهدة كفلتها.

### المبحث الثالث

#### ضوابط دستورية المعاهدة الدولية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٥٠٧- وقضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على تطبيق المفاهيم الآتية في شأن الفصل في دستورية المعاهدة.

أولاً: أن حق التقاضي مكفول لكل فرد وطنياً كان أم أجنبياً، وهو حق لا يقتصر على النفاذ إلى محكمة أيا كان تشكيلها أو ضماناتها، وإنما إلى محكمة تكون هي القاضي الطبيعي للنزاع المعروض عليها.

ثانياً: أن الحقوق التي اكتسبها غير المواطنين في الدولة -على ضوء نظمها- يجوز لهم حمايتها بكافة الوسائل التي أتاحتها الدستور للمواطنين، وأهمها النفاذ إلى محكمة مستقلة محايدة ينشئها القانون، وأن تكون القواعد الموضوعية والإجرائية المعمول بها أمامها كافية لضمان محاكمة منصفة في كافة المراحل التي يستغرقها الفصل في النزاع.

ثالثاً: لا يجوز تجزئة أحكام المعاهدة بما يفصل بعض أحكامها عن بعض، ويخل بتكاملها، إلا بشرطين:

أولهما: ألا تتضمن المعاهدة من النصوص ما يدل على أن الدول المتعاقدة، قصدت إلى تطبيق المعاهدة في كامل أحكامها بوصفها كلا غير منقسم.

ثانيهما: إذا لم يكن تطبيق الأجزاء المتبقية من المعاهدة -بعد فصل بعض أجزائها عنها إذا قام الدليل على جواز هذا الفصل- مجالياً للعدالة.

رابعاً: أن الفصل في دستورية المعاهدة لا يجوز أن يستبعد بصفة مطلقة، كافة العوامل السياسية التي تحيط بها، ذلك أن هذه العوامل تؤثر في العلاقة المباشرة وغير المباشرة فيما بين الدول بعضها البعض. ويتعين أن توليها المحكمة الدستورية العليا اعتبارها، فلا تصد آذانها أو تغض بصرها عنها.

خامساً: أن كل تسوية ودية تكفلها معاهدة دولية للتعويض عن أعمال أئتها دولة متعاقدة في مواجهة مواطني دولة أخرى متعاقدة، يتعين النظر في دستوريته على ضوء عدالتها وإمكان

تنفيذها جبرا. وكلما كان التعويض المقرر بالمعاهدة، عن نزاع ملكيتهم، أو تأميم بعض أموالهم، أو مصادرتها أو فرض الحراسة عليها، غير عادل؛ تعين إبطال المعاهدة في أحكامها المتعلقة بمقدار التعويض الممنوح لهم. ذلك أن الدستور يكفل حرمة الملكية الخاصة، ويمنع نزاعها بغير تعويض عادل، ولا يجوز كذلك تأميم مشروع خاص بغير تعويض لا يكون متحيفا، وإن لم يكن بالضرورة كاملا.

مناخا: أن انضمام مصر إلى معاهدة دولية قائمة، يأخذ حكم التصديق عليها. ذلك أن التصديق على المعاهدة إجراء يفيد إرادة الدولة للتقيد بها. وهو يقترن غالبا بتبادل إيداع وثائق التصديق في الجهة التي عينتها المعاهدة؛ ليقيد هذا الإيداع الدولتين اللتين تبادلتهما في مواجهة بعضهما البعض.

وبذلك يفاز التصديق على المعاهدة، الانضمام إليها. ذلك أن الانضمام إلى المعاهدة<sup>(١)</sup> إجراء تقبل الدولة بمقتضاه أن تكون طرفا في معاهدة وقعتها فعلا دول أخرى، ولو لم تكن المعاهدة قد دخلت بعد مرحلة التنفيذ. بما مؤداه، أن انضمام مصر إلى معاهدة قائمة، واستكمال هذه المعاهدة لشروط تنفيذها<sup>(٢)</sup>، يفيد بها بشرط نشرها في الجريدة الرسمية. شأن المعاهدة التي تصدق مصر عليها، شأن المعاهدة التي تنضم إليها في نقل أحكامها إلى القانون الداخلي بمجرد نشرها في الجريدة الرسمية.

سابعًا: أن قائمة الحقوق المنصوص عليها في الدستور، غير منحصرة في الحقوق التي نص للدستور عليها صراحة La liste close. ولكنها تمتد طولا وعرضا لتتحول إلى قائمة مفتوحة La liste ouverte من خلال اجتهاد المحكمة الدستورية العليا التي تطور من مضامين الحقوق المقررة في الدستور، وتزيد عليها حقوقا أخرى لا نص عليها فيه، كالحق في التنمية. وهي تربط الحقوق الجديدة التي تضيفها إلى الدستور، بالحقوق القائمة فيه حتى لا يقال بأنها تعيد كتابة الدستور Rewriting the Constilution. ويتحقق هذا الربط من خلال علاقة منطقية تقيسها

(١) انظر في ذلك قضاء المحكمة الدائمة للمعدل الدولي في عام ١٩٢٩ في شأن The Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Qder., Ser. A, No. 23, P.20

(٢) تنص هذه الشروط على ألا تدخل المعاهدة مرحلة التنفيذ إلا بعد التوقيع أو التصديق عليها من عدد محدد من

الدول تعينه المعاهدة 150 - 148 PP, Lord McNair, The Law of Treaties. Oxford 1961

بين الحقوق الجديدة والحقوق القديمة. ومن ذلك اجتهداها بأن الحق في التنمية، يرتبط بالحق في الحياة، وبالحق في العمل وفي ضمان الوسائل الملائمة للحيش.

ثامنا: فيما عدا المعاهدات الدولية التي تنص الفقرة لثانية من المادة ٥١ من دستور جمهورية مصر العربية، على وجوب موافقة السلطة التشريعية عليها قبل تبادل وثائق التصديق في شأنها -وهي كل معاهدة يكون موضوعها صلحا، أو تحالفا، أو تبادل تجاريا، أو شيئا من شئون الملاحة، أو تحديلا في إقليم الدولة، أو تقييدا لحقوق السيادة، أو تحميلا لخصائصه الدولة بنفقة غير واردة في الميزانية- فإن نفاذ غيرها من المعاهدات الدولية يتحقق بمجرد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، على أن يقدم رئيس الجمهورية في شأنها بيانا مناسبيا إلى مجلس الشعب، وهو ما يفترض ألا يكون هذا البيان مفصلا لأحكامها.

وسواء تعلق الأمر بهذا النوع أو ذلك من المعاهدات الدولية، فإن لاندماجها في القانون الداخلي يتحقق بمجرد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية مع خضوعها في مجال الرقابة الدستورية عليها للضوابط التي أسلفنا بيانها.

ولئن كان الدستور في مصر لم يشر إلى الانضمام إلى المعاهدة كوسيلة للتقيد بأحكامها في المجال الدولي، إلا أن لهذا الانضمام أثر التصديق تماما بلا زيادة أو نقصان. بما مؤداه أن لانضمام مصر إلى معاهدة دولية ونشر أحكامها في الجريدة الرسمية، يدمجها في القوانين الداخلية، ويجعلها جزءا ملها لتحيل إليها المحاكم في كل نزاع يتعلق بتطبيق هذه المعاهدة.

تاسعا: أن حقوق الإنسان تتخطى الحدود الوطنية. وخاصيتها هذه تجعلها من طبيعة عالمية. فإذا حوتها معاهدة، فإن التراخي في التصديق عليها أو في نشرها، يعتبر موقفا سلبيا من السلطة التنفيذية، وتخليًا عن اتخاذ إجراء كان يجب عليها اتخاذه وفقا للدستور والقانون. بما يحرق حصول الأفراد على الحقوق التي يتلقونها من المعاهدة. وهو ما يثير مسئوليتها الدولية، ويحرك الآلية التي تنظفها المعاهدة لاقتضاء الحقوق المنصوص عليها فيها.

عاشرا: أن الأفراد وإن كانوا لا يستطيعون قضاء إلزام السلطة التنفيذية بالتصديق على معاهدة دولية، أو بالانضمام إلى معاهدة قائمة، أو حملها على نشر المعاهدة في الجريدة الرسمية بعد التصديق عليها أو الانضمام لها- إلا أن كل معاهدة تشكل نصرا فيها قد تقتضي حتى بعد

للتصديق عليها أو الانضمام لها ثم نشرها في الجريدة الرسمية- تدخل تشريعيا. ويتحقق ذلك في كل معاهدة لا تكون نافذة بذاتها Non Self- executing Treaties.

وتعتبر المعاهدة كذلك إذا كانت تحيل إلى القانون لتنظيم الحقوق المقررة بها. إذ يعتبر تدخل المشرع عندئذ لازما لإعطاء هذه الحقوق فاعليتها. فإن لم يتدخل المشرع على هذا النحو، كان ذلك موقفا ماليا من المشرع مخالفا للدستور. تلك أن الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص القانونية جميعها، لا تقتصر على تلك التي يقرها المشرع، ولكنها تشمل كذلك صور الامتناع عن تنظيم الحقوق بما يكفل فعاليتها، فلا يكون تخلى المشرع عن تنظيم الحقوق التي كتبتها المعاهدة للمواطنين، إلا إغفالا من جهته بالتأخر للدستور<sup>(١)</sup>.

(١) Benedetto Conforti and Francesco Francioni, Enforcing International Human Rights in Domestic Courts. International Studies in Human Rights vol.49, Martinus Nijhoff Publishers (1977).

### الفصل المبلغ والمثرون

#### حدود سمو الدستور

#### Les Limites à La Suprematie De La Constitution

٥٠٨- يتميز الدستور بخصائص قد تتناقض فيما بينها، فهو من ناحية يتفيا ضمان تأسيس السلطة، واستقرار القواعد التي تعمل علي ضوئها؛ وهو من ناحية ثانية لا يكفل للقواعد التي تعمل السلطة في نطقها، ثباتا يؤيدها. إذ يجيز تعديلها بالشروط المنصوص عليها فيه بما يخل بسيادة الدستور. كذلك فإن سمو الدستور يخل حين تفقد السلطة أساس مشروعيتها، فلا يكون الانقلاب علي الدستور، غير ضرورة حتمية. ونعرض لذلك في مبحثين علي التوالي.

#### المبحث الأول

##### تعديل الدستور

٥٠٩- يفترض تعديل الدستور إمكان تغيير بعض أحكامه أو تصحيحها سواء من خلال حذفها أو الإضافة إليها أو تعديلها. ويتعين لإجراء هذا التعديل، أن يحدد الدستور بصورة قاطعة الجهة التي إختصها بتعديل بعض أحكامه، وكذلك الشروط الإجرائية الخاصة التي يتم التعديل في نطاقها. ويحرصُ الدستور علي أن يبين في أن ولحد الجهة التي يكلفها بتعديل الدستور، وكذلك حدود ولايتها. ويتم التعديل بوسائل محددة، ليس من بينها بعض صوره التي تعتبر في حقيقتها تلبسما علي الدستور *De véritable fraude à la constitution*.

وتظهر ضرورة تعديل الدستور من زوايتين قانونية وسياسية. ذلك أن الدساتير تصدر عادة في إطار أوضاع سياسية واجتماعية قائمة عند العمل بها.

بيد أن هذه الأوضاع تقبل التطور بطبيعتها، وبالضرورة. إذ لا يتصور استقرارها علي حال واحدة لا تبديل فيها. ومن الناحية القانونية فإن الدستور إذا كان مرئيا جاز تعديله وفق القواعد ذاتها التي تتولي بها السلطة التشريعية تعديل قوانينها.

وفي هذا الفرض، لا تتحقق السيادة للدستور فوق القانون، إذ هما نظيران في مرتبتيهما. فإذا كان الدستور جامدا، فإن القول بتأييد أحكامه يناقض السيادة الشعبية التي لا يتصور أن تسقط

بنفسها حقها في تعديل الدستور، وإلا كان لجبل من المواطنين أن يقيد بقوانينه أجيالا لاحقة، وهو ما لا يتصور<sup>(١)</sup>.

علي أن حق الجماهير في تعديل الدستور، لا يعني تمتعها في إجراءاته بحرية كاملة في العمل، ولا إطلاق يدها في التعديل بما يخل بالاستقرار المرجو لعملية تأسيس السلطة وبيان حدود ولايتها.

ذلك أن الجهة التي اختصاصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، لا تباشر إلا ولاية اشتقتها من السلطة الأصلية التي كان لها فضل إقرار الدستور في الصيغة التي صدر بها أصلا Pouvoir Constitué Originaire. وعليها بالتالي أن تتقيد بالشروط التي فرضتها السلطة الأصلية عليها. وهذه القيود -التي لا تخلو التأثير في مجموعها منها- من نوعين، وذلك بالنظر إلى تعلقها بزمان وموضوع التعديل.

### المطلب الأول

#### القيود المتعلقة بزمان ونوع التعديل

٥١٠- تتوخي القيود المتعلقة بزمان تعديل الدستور، تأخير اللحظة التي يتم فيها إجراء التعديل. ذلك أن من غير المتصور أن يتم التعديل قبل أن تتوفر للسلطات التي أحدثها الدستور فرص مباشرة المهام التي ألقاها عليها، ولا أن يقع التعديل في كل مناسبة تطرأ فيها أحداث جسام أيا كان قدر حداثتها.

وكان منطقيا بالتالي أن تحيط بعض القيود بزمان تعديل الدستور. وهي قيود من نوعين: أولها: حظر تعديل كافة نصوص الدستور أو بعضها قبل انقضاء فترة زمنية يحددها الدستور.

(١) يأخذ هذه الحقيقة الإعلان الفرنسي للحقوق لعام ١٧٩٣ بقوله: "الشعب دائما الحق في أن يعيد للنظر في الدستور، وفي أن يغيره، وأن يطوره. ذلك أن جيلا من الناس لا يجوز أن يقيد بتشريعاته أجيالا لاحقة.

وخطر هذا النوع من القيود يتمثل فما يؤول إليه من تجميد الدستور قبل انقضاء تلك الفترة، ولو قام مسوغ يقتضي تعديل الدستور<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: أن تفصل بين اللحظة التي يتخذ فيها العزم على تعديل الدستور، واللحظة التي يتم فيها بالفعل، فترة زمنية طويلة تكون كافية لتكبر أمر التعديل، ولانظر فيه من كافة جوانبه.

وتكثل الخبرة العملية وحقائق التاريخ، عن أن ما تنص عليه بعض الدساتير من عدم جواز تعديلها قبل فترة زمنية معينة، كان مصادما لحقائق التطور ومقتضياتها، ولم تفلح مثل هذه النصوص في منع تعديل الدستور قبل انقضاء الفترة التي ضريبتها.

ومن أمثلة النوع الأول من القيود، تلك التي تنص عليها المادة ٥ من الدستور الأمريكي التي تحظر إجراء أي تعديل في الدستور قبل عام ١٨٠٨، إذا كان من شأن هذا التعديل لمساس بالبلدين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى. كذلك لم يجز الدستور البرتغالي الصادر في ٢ أبريل ١٩٧٦ تعديل أحكامه قبل انقضاء الخمس سنين الأولى على العمل به.

ومثال النوع الثاني من القيود ما تنص عليه المادة ١٨٩ من دستور مصر من أن تناقش السلطة التشريعية مبدأ تعديل الدستور وتصدر قرارها في شأنه بأغلبية أعضائها. فإذا كان قرارها برفض طلب تعديل الدستور، فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض. فإذا كان قرار السلطة التشريعية بالموافقة على مبدأ التعديل، فلا يجوز أن تناقش للمبادء المطلوب تعديلها، قبل شهرين من تاريخ هذه الموافقة.

(١) تنص المادة الخامسة من الدستور الأمريكي على أن للكونجرس وبموافقة أغلبية ثلثي كل من مجلسيه - أن يقرّح تعديل الدستور. ويجوز كذلك تعديل الدستور بناء على طلب من ثلثي المجالس التشريعية للولايات. وفي هذه الحالة يدعو الكونجرس إلى عقد مؤتمر لاقتراح التعديل. ويعتبر التعديل قد أقر وصار جزءاً من الدستور في أي من هاتين الحالتين - إذا اعتمدته ثلاثة أرباع المجالس التشريعية في الولايات، أو من خلال مؤتمرات تعقد في الولايات وتقر التعديل بالأغلبية ذاتها، ويشترط ألا يتم إجراء أي تعديل في الدستور قبل عام ١٨٠٨ إذا كان من شأن هذا التعديل المساس بالبلدين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى.

المطلب الثانيالقيود المتعلقة بموضوع التحديل

٥١١- ولما كان شأن القيود المتعلقة بزمان تحديل الدستور، فإن استقراء النماذج المعاصرة يدل على زوالها بصورة مطردة لأمرين:

أولهما: أن هذه القيود لم تحقق الأغراض المقصودة منها، بل كان لها نتائج سلبية على تطوير الدستور ليصمد للأوضاع المتغيرة في الجماعة.

ثانيهما: أن إيلاء الاعتبار للدستور القائم، لا يتحقق بالضرورة من خلال الحواجز الدستورية، خاصة بعد أن دل العمل بين الدول، على أن القيود التي تحظر تعديل مواد بذاتها في الدستور، هي التي لا تزال باقية. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ من حظر إجراء أي تعديل في الدستور يخل بتكامل الإقليم أو بالشكل الجمهوري للحكومة<sup>(١)</sup>. ومن حظر دستور مصر لعام ١٩٢٣، تعديل نظام تولد العرش.

كذلك تنص الفقرة ٣/ من المادة ٧٩ من الدستور الألماني على حظر كل تعديل لهذا الدستور يخل بالتقسيم الفدرالي للدولة أو يؤثر في إسهام مقاطعاتها في العملية التشريعية، أو ينال من الحقوق المنصوص عليها في المواد من ١ إلى ٢٠ من الدستور.

ويؤثر حظر تعديل بعض مواد الدستور -وفي الأعم من الأحوال- حول ضمان بقاء شكل الدولة والطبيعة السياسية لنظامها. ويتوخى هذا الحظر صون روح الدستور من خلال الإبقاء على بعض مواد عصبية على التحديل. إلا أن الفقهاء كثيراً ما يشكون في قيمة هذه المواد، ويرونها مناقضة لحقيقة أن نصوص الدستور تتكافأ فيما بينها، ولأن تقرير مراكز فضلي لبعضها على بعض، يناقض هذه الحقيقة.

(١) أضيف حظر تغيير شكل الحكومة الجمهوري بمقتضى التحديل الدستوري الصادر في فرنسا في ١٨٨٤/٨/١٤، إلى المادة ٨ من القانون الدستوري المعمول به في ١٨٧٥/٢/٢٥. وردت هذا الحظر بعد ذلك المادة ٩٥ من دستور ١٩٤٦ ثم تلغى المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨. ويوجد هذا الحظر كذلك في المادة (١١٠) من الدستور اليوناني الصادر في ١١ يولييه ١٩٧٥.

المطلب الثالثالتكليس على الدستورLa fraude à la Constitution

٥١٢- ويظل ثابتاً أن تعديل الدستور لا يجوز أن يتناول غير بعض مواده. ذلك أن تعديل الدستور غير الانقضاء على أحكامه جميعها وإبدالها بغيرها. وإنما يتعلق التعديل بمواد بنواتها لم تعد مؤمنة لعصرها. ولا كذلك إبدال الدستور القائم بغيره إذ تتولاها الجماهير مباشرة بنفسها، ولا تتولاها جهة أولاهها الدستور لختصاص تعديل بعض أحكامه.

ولا يجوز القول بالتكليس بأن كل تعديل للدستور يتناول مواده كلها أو أغلبها، يعتبر صحيحاً بشرط التقيد بالقواعد الإجرائية التي اشترطها الدستور لإجراء التعديل.

ذلك أن الحق في تعديل الدستور يفترض أن ينحصر في نقاط فيه بعينها قام الدليل على مجافاتها لروح العصر.

وكما أن تعديل القانون غير إنهاء وجوده، فإن تعديل الدستور غير إلغاء كافة أحكامه. كذلك فإن القول بجواز أن يشمل تعديل الدستور أحكامه جميعها، يفترض أن الدستور في كل أجزائه صار عقيماً ونيتاً بغير ثمر. وهو تصور لا يتعلق بدستور صار معيماً في بعض جوانبه، وإنما بدستور صار سيئاً بكل مشكلاته. وليس ذلك تعديلاً للدستور. يؤيد هذا النظر أن التعديل الكامل للدستور لا يتوخى في حقيقة الأمر؛ أو على الأقل في الأعم من الأحوال، غير إبدال النظم السياسية القائمة بنظم مختلفة عنها تحل محلها وتقوم على أنقاضها. وليس ذلك غير انحراف من الجهة التي اختصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، عن حدود الولاية التي منحها إياها، ومجاوزتها بالتالي الأغراض التي يفترض أن تعمل على تحقيقها، والتي تتمثل في مقابلة بعض نصوص الدستور بالأوضاع الجديدة القائمة في الجماعة، وتقويمها بما يكفل تعاضدها مع هذه الأوضاع.

وليس تحول الجهة التي اختصها الدستور بالتعديل، عن غرضها الأصلي في موازنة بعض أحكامه مع حقائق جديدة تلفظ الأوضاع القديمة، غير تكليس على الدستور *La Fraude à la constitution*.

كذلك فإن تطل هذه الجهة من التقيد الإجرائية التي فرضها الدستور عليها في مجال تعديل الدستور، يمثل انقلاباً من جهتها على سند ولايتها.

### المبحث الثاني

#### الثورة على الدستور والثورة على الثورة

٥١٣- لا تعتبر الثورة انقلاباً على الدستور ما لم تحدث تغييراً شاملاً ونهائياً في الأوضاع القائمة. وهي تلغى الدستور القائم إلغاءً واقعياً De facto ولو لم يصدر عنها إعلان بذلك. بل إنها تقتض على كافة النظم السابقة عليها بوصفها نظاماً تتناقض الثورة في أهدافها وتوجهاتها. فلا تكون أمام منظومة دستورية أو قانونية تصدر للثورة عنها، وتعمل في ظلها. وإنما تكون الثورة نتاج للقوة وحدها وثمره عواصفها. ويظل بالإمكان دالماً أن تعمل الثورة في إطار القانون مَن خلال النظم القانونية التي تنشئها.

ويتعين في هذا المقام التمييز بين ثورة تتناقض الحرية ومفاهيم القانون، فلا يكون لها من وجود في إطار الشرعية الدستورية كالثورة الماركسية؛ وبين ثورة تعارض الآمال الوطنية وتعمل من أجل تحرير الجماهير من الاستغلال لضمان أفاق جديدة للحرية. وتكتسى هذه الثورة بالشرعية الدستورية من خلال صولها حقوق المواطنين وحررياتهم، وضمان رعايتهم العام.

ومن ثم تعتبر الثورة انقلاباً على أحكام الدستور جميعها، فلا تبقى شيئاً منها. ولا يقوم الثوار بها كجزء يردع السلطة القائمة عن انحرافها، أو بقصد تقويم أخطائها وردها إلى صوابها؛ وإنما تتوخى الثورة نقض الأوضاع القائمة، وإبدالها بنظم جديدة تصور مفهومها للتغيير. ولعلها تكون النظم الجديدة مدنية بطبيعتها.

فإذا لم توفق الثورة لأوضاعها مع المفاهيم والقيم الدستورية، وظل نشاطها ومناهجها في العمل تعبيراً عن توحشها من خلال السلطة التي تستبد بها، وينقضها ما توقعه المواطنون منها؛ فإن طاعتها لا تكون واجبا عليهم، وإنما يكون لجموعهم الحق في عصيانها والتمرّد عليها Le droit de resistance à l'oppression لضمان حقوقهم التي تكفلها النظم الديمقراطية. وتلك هي الثورة على الثورة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك مؤلف لأربعة من الفقهاء الفرنسيين:

Charles Debbasch; Jean – Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean Claude Ricci.

Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3e édition augmentée et corrigée, pp. 90-96.

### الفصل الثامن والعشرون

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين المكملية للدستور

٥١٤- لم تشر الدساتير السابقة على دستور ١٩٧١ إلى القوانين المكملية للدستور. ولكن دستور ١٩٧١ نص عليها في المادة ١٩٥، وجعل وجوب أخذ رأي مجلس الشورى في شأن هذه القوانين شكلية جديدة أضافها إلى الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في القوانين بوجه عام، والتي يجب استيفائها، وإلا أعدم وجود القانون الذي أمهلها لتخلف خصائص القواعد القانونية فيه منذ ميلاده.

### المبحث الأول

#### الشكلية الإضافية المنصوص عليها في المادة (١٩٥) من الدستور

٥١٥- تتعلق الشكلية في النصوص القانونية أصلاً باقتراحها أو بقرارها أو بإصدارها أثناء انعقاد السلطة التشريعية، وكذلك باختصاص رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون فيما بين أنواع انعقاد السلطة التشريعية أو في حال غيابها، وفقاً للمادتين ١٠٨ و١٤٧ من الدستور.

٥١٦- والشكلية في كل صورها وتطبيقاتها، شرط لوجود النصوص القانونية فإن لم تستوفها هذه النصوص، زال كيانها القانوني، ولم يعد لها بالتالي خصائص القواعد القانونية المجردة التي يجوز تطبيقها، وإنما تعامل كأوراق جفت منها دماء الحياة، فلا قيمة لها. ولا يجوز بعدئذ تنفيذها، ولو كان مضمونها يوافق الدستور من كل الوجوه. ذلك أن افتقار النصوص القانونية إلى الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور فيها -بما في ذلك الشكلية الإضافية المفصلة بنص المادة ١٩٥ من الدستور- يعدمها منذ إقرارها. والعدم لا تدرج فيه. وهو نقض الوجود.

٥١٧- ولم تكن الشكلية الإضافية التي يتطلبها الدستور في القوانين المكملية للدستور -والتي تتمثل في وجوب عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها قبل أن يناقشها مجلس الشعب- مجرد إملاء عقيم من الدستور. ذلك أن هذه القوانين لا تتعلق بغير المسائل التي يحيل الدستور في تنظيمها إلى قانون أو في حدوده، أو وفق الأوضاع التي بينها، بشرط أن تكون هذه المسائل ذاتها -على طبيعتها وخصائصها- من نوع المسائل التي تدرجها الدساتير عادة في صلبها، وتألّفها في عموم تطبيقاتها.

٥١٨- وهذان الشرطان اللذان يحلان في تحديد مفهوم القوانين للمكاملة للمستور، إلى مسائل لها من أهميتها ما جعل المستور يقتضى تنظيمًا بقتون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي ينص عليها - وهذا هو المعيار الشكلي في القوانين للمكاملة للمستور - ولها كذلك من طبيعتها ما يجعل المسائل التي تنظمها هذه القوانين، وثيقة الاتصال بقواعد المستور لتكملها - وهذا المعيار الموضوعي في لقوانين المكاملة للمستور - هذان الشرطان هما من خلق المحكمة للمستورية العليا، وساقها إليهما اجتهداها الخاص، بالرغم من غموض عبارة "القوانين للمكاملة للمستور، وخطو الأعمال التحضيرية للمستور مما يحدد معناها. بيد أن هذا الغموض وذلك الخلو، لم يبعدها عن أن تقرر بحكمها الصادر في ١٩٩٢/٥/١٥ في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "مستورية" الحقائق الآتي بيانها:

أولاً: أن نص المادة ١٩٥ من المستور مؤداه أن يؤخذ رأى مجلس الشورى وجوباً في المسائل التي حدثتها هذه المادة حصراً - والتي يندرج تحتها كل مشروع قانون مكمل للمستور - بالنظر إلى أهميتها، ولأن ما يجمعها هو حيوية المصالح المرتبطة بها. وهي مصالح يتمتع وزنها على ضوء نظرة تحليلية تحيط بها، فلا يكون النظر فيها قائماً على اندفاع التعجل، ولا مشوباً بقصور في الرؤية الشاملة لأبعادها. وهما عيبن بفقرضان انتفاءهما في مجلس الشورى الأكثر خبرة وأحد بصراً من مجلس الشعب، والأكثر كذلك على أن ينبيه إلى الآثار الواقعية والقانونية التي تحيط بكل مشروع قانون مكمل للمستور يعرض عليه، فلا ينفرد مجلس الشعب بالحكم عليها، وإنما يكون تقييمها عملاً مشتركاً بين هذين المجلسين<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن عرض كل مشروع قانون مكمل للمستور على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيه، شكلية جوهرية لا مناص منها، ولا يجوز بالتالي إهمالها. فإذا أقر مجلس الشعب قانوناً قبل استيفاء هذه الشكلية، بطل هذا القانون منذ إقراره، بعد أن لم يعد وعاء لقواعد قانونية اكتمل تكوينها<sup>(٢)</sup>.

(١) لا يتخذ مجلس الشورى، برأى هذا المجلس في المسائل المنصوص عليها في المادة ١٩٥ من المستور. وإنما يجوز أن يطرحها، وأن يقرر على خلاقها شأن آراء مجلس الشورى في ذلك شأن كل الآراء الاستشارية التي لا إلزام فيها.

(٢) من المفترض أن يدلى مجلس الشورى برأيه في كل مشروع قانون مكمل للمستور يعرض عليه، قبل أن يناقشه مجلس الشعب. ومن ثم يكون إبداء الرأي سبقتاً على هذه المناقشة فلا يعاصرها أو يتأخر عنها.

ثالثاً: أن تحديد مفهوم القوانين المكملة للدستور، يبين لكل من مجلسي الشعب والشورى حدود الولاية التي يختص بها وفقاً للدستور، فلا تتدخل الولاياتان أو تتبهم الفواصل بينهما.

رابعاً: أن عبارة "القوانين المكملة للدستور" تحمل في أعطافها عناصر تحديدها من خلال شرطين يتعين اجتماعهما معاً، حتى يصح اعتبار قانون مكمل للدستور.

أولهما: أن يكون الدستور قد نص ابتداءً في موضوع حده، على أن يكون تنظيمه بقانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي يبينها. فإن هو فعل، دل ذلك على درجة الأهمية التي بلغها هذا الموضوع.

ثانيهما: أن الشرط الأول وإن كان مطلوباً وجوباً للفصل في كل نزاع يتعلق بما إذا كان القانون يعد أو لا يعتبر مكملًا للدستور؛ إلا أن هذا الشرط ليس كافياً. بل يتعين لاعتبار القانون كذلك، إضافة شرط آخر إلى الشرط الأول مؤداه أن تكون المسائل التي أحال الدستور في تنظيمها إلى قانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي يبينها، لها كذلك من طبيعتها ما يلحقها بالقواعد التي تحتضنها الدساتير عادة في صلبها، فلا تتلفها<sup>(١)</sup>.

٥١٩- تلك هي القوانين المكملة للدستور التي لا تعتبر كذلك إلا باجتماع الشرطين المتقدمين بينهما فيها، والقائمين على مزاجية بين عناصر شكلية وموضوعية. فلا يكون القانون مكملًا للدستور بواحد منهما دون الآخر.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ - قاضية رقم ٢٢ - ص ٢٩٠ وما بعدها من أجزاء السلسل من مجموعة أحكام المحكمة. ويلاحظ أن من بين القواعد الكلية التي تتضمنها الوثائق الدستورية - على ما جاء بالحكم السابق - موضوع استقلال السلطة القضائية. ولا كذلك القانون الذي يصدر طبقاً لنص المادة ١٤٥ من الدستور التي حدد بها أحوال الفصل بغير الطريق التاديبي، ولا للقانون الصادر في شأن العفو الشامل إعمالاً لنص المادة ١٤٩ من الدستور، أو القانون الصادر في شأن اللجنة العلمية وفقاً لنص المادة ١٨١ من الدستور. وهذه الأمثلة جميعها، ضربت بها المحكمة الدستورية العليا في حكمها السابق.

وقد رندت المحكمة الدستورية العليا هذين المعيارين المتطلبين في القوانين المكملة للدستور، وذلك بحكمها الصادر في ٣ يونيو ٢٠٠٠ في القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية دستورية - قاضية رقم ٧٠ - المنشور في ص ٥٨٢ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

وفيما عدا الشكالية الإضافية التي تتطلبها المادة ١٩٥ من الدستور في القوانين الكاملة للدستور، فإن هذه القوانين تأخذ في كل أحوالها حكم القوانين التي يقرها البرلمان، لتكون لها قوتها. ومن ثم تساويها في مرتبتها، فلا تدخل في منطقة وسطى بين القانون في عموم معناه، وبين الدستور. وشأن هذه الشكالية الإضافية المقررة بنص المادة ١٩٥ من الدستور شأن كل شكالية غيرها -أيا كان موقعها- يتطلبها الدستور في النصوص القانونية. ذلك أن وجود هذه النصوص ينهار بتخلفها. ولا يجوز بالتالي في مجال تطبيق كافة الأشكال التي فرضها الدستور، التمييز بين شكالية ثانوية يجوز إهمالها، وبين شكالية حتمية يكون طلبها لازما لا مندوباً. ذلك أن الشكالية في الدستور واحدة في أهميتها وفي درجتها. ومن شأنها بطلان كل قانون يتجاهلها بلثر يلحقها منذ اللحظة التي أقرها البرلمان فيها.

### المبحث الثاني

#### التمييز بين القوانين المكملة للدستور والقوانين العضوية

٥٢٠- والبيان من قضاء المحكمة الدستورية العليا المتقدم البيان:

أولاً: أن مفهوم القوانين المكملة للدستور، لا يطابق دائرة المسائل التي ينظمها للقانون بوجه عام، وإلا كان على الدستور أن يربط الشكلية الإضافية المنصوص عليها في المادة ١٩٥، بكل قانون يقره البرلمان، ولو لم يكن مكملًا للدستور. وهو ما يناقئ نص هذه المادة في عبارتها وفحواها.

ثانياً: أن القوانين المكملة للدستور في مصر، لا تقابل القوانين العضوية *Les lois organiques* في فرنسا. ولكلها معنيان مختلفان من كل الوجه. ذلك أن القوانين العضوية في فرنسا لا تعتبر كذلك بناء على خصائص تتوافر فيها مطلقاً هو الأمر في القوانين المكملة للدستور في مصر، وإنما لأن وصفها على هذا النحو مصدره للدستور الفرنسي. ولو لم يكن هذا للدستور قد أطلق عليها هذا الوصف، لتعذر تمييزها عن غيرها من القوانين<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن القوانين العضوية ليس لها قوة القوانين العادية *Les lois ordinaires* ولكلها تعلوها. وتظل القوانين العضوية دائماً دون الدستور في مرتبتها لتقع في منزلة وسطى بين الدستور والقوانين العادية.

Un rang intermédiaire entre celui de la Constitution et de la loi ordinaire.

(١) لم يكن الدستور الفرنسي لعام ١٩٨٥، هو أول دستور فرنسي يرد عبارة "القوانين العضوية" وإنما نص عليها لأول مرة - دستوراً لعام ١٨٤٨ في المادة ١١٥ منه. واعترف بها كذلك دستور الجمهورية الثالثة. ثم نص عليها دستور ١٩٤٦ في الفقرة الأولى من المادة ١٦٥ منه، وكذلك في مواده ٢/٦٦، ١/٨٩. ولكن دستور ١٩٥٨ هو الذي حدد مفهوم القوانين العضوية *les lois organiques* بصورة أدق، وأعطاهم مكانتها المتميزة.

رابعاً: لا يجوز لغير القوانين العضوية، أن تنظم المسائل التي اختصاصها للدستور بها وقصرها عليها. فإذا صدر بها قانون عادي، بطل هذا القانون<sup>(١)</sup>.

خامساً: لا يجوز إصدار القوانين العضوية -وعلا بصـ المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨- إذ قرر المجلس الدستوري الفرنسي مخالفتها للدستور.

Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu' après une déclaration par le Conseil Constitutionnel de leur conformité à la Constitution.

وهو ما تؤكد كذلك المادة ١/٦١ من هذا الدستور التي تقضي بأن القوانين العضوية قبل إصدارها وكذلك الأوامر البرلمانية قبل تطبيقها، يجب عرضها على المجلس الدستوري الفرنسي للفصل في إتقانها أو اختلافاً مع الدستور.

Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements parlementaires avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la constitution.

سادساً: أن الرقابة القضائية التي يباشرها المجلس الدستوري الفرنسي على القوانين العضوية وإن كانت رقابة وجوبية، إلا أن رئيس مجلس الوزراء هو الذي يحركها. فلا يكون إجراؤها واقعا بقوة القانون أو بصفة آلية Automatique. ولا يعني ذلك أن رئيس مجلس الوزراء بالخيار بين عرض القوانين العضوية أو عدم عرضها على المجلس الدستوري. ذلك أن إهمال عرضها مؤداه أن لا تصدر على الإطلاق. وهو ما يجعل عرض هذه القوانين على ذلك المجلس جزءاً من عناصر نظامها القانوني<sup>(٢)</sup>.

(١) ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي يفرق بين فرضين: بين قانون عادي يتضمن اعتداء على المجال المحجوز لقانون عضوي. وفي هذه الحالة يبطل المجلس الدستوري هذا القانون؛ وبين قانون عضوي يتضمن اعتداء على المجال المحجوز للقانون العادي. وفي هذه الحالة يكتب المجلس بإعادة ترتيب نصوص القانون العضوي، ليخرج من مجال تطبيق هذا القانون، النصوص التي يدخل تنظيمها في منطقة القانون العادي.

C.C. 86- C.C. 86- 217. D.C. , 18, Sep. 1986, p. 141.

(٢) مؤدى ذلك أنه حتى لو لم تحتم القوانين العضوية في صلبها عرضها على المجلس الدستوري إلا أن حرية رئيس مجلس الوزراء في عرضها أو التخلي عن تقديمها إلى المجلس الدستوري الفرنسي هي حرية نظرية صرفة.

خامساً: وعلى المجلس الدستوري عند الفصل في دستورية القوانين العضوية التي تعرض عليه، أن يحقق من أن هذه القوانين أعدت وفق القواعد الإجرائية الخاصة بها؛ وأن يستوفى كذلك من أن المسائل التي يتناولها مشروع القانون أو الاقتراح المعروض، مما يجوز تنظيمها بقوانين عضوية<sup>(١)</sup>؛ وأن يستظهر فضلاً عما تقدم أن مشروع القانون أو الاقتراح المعروض، لا يخل في محتواه بحقوق المواطنين وحياتهم، ولا بقواعد رزمة الدستورية ومبادئها.

les règles et principes du bloc de constitutionnalité.

سادساً: تحكم القوانين العضوية، القواعد الإجرائية العامة المنصوص عليها في المادة ٤٥ من الدستور. وعلى ضوءها، يُلَقَّض كل مشروع أو اقتراح بقلون على التوالفي في مجلسي البرلمان -الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ- من أجل الوصول إلى صيغة موحدة يقبلتها. فإذا تعذر عليهما الاتفاق على هذه الصيغة الموحدة بعد قراءتين متعاقبتين، أو بعد قراءة واحدة في كل منهما في أحوال الاستعجال التي تعلنها الحكومة؛ كان لرئيس الوزراء أن يدعو لعقد لجنة مختلطة متعادلة للتمثيل من أعضاء المجلسين La comission paritaire mixte، يعهد إليها باقتراح نصوص تعرض عليها. ولا يجوز إدخال تعديل على النصوص التي تقرها هذه اللجنة بتقرير موافقة الحكومة.

فإذا تعذر على أعضاء هذه اللجنة الاتفاق على صيغة موحدة للنصوص التي تشرح إقرارها، أو تعذر الحصول على موافقة مجلسي البرلمان على الصيغة الموحدة لهذه النصوص، كان على الحكومة بعد قراءة جديدة واحدة لتلك النصوص من قبل الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أن تطلب من الجمعية الوطنية أن تفصل في الأمر بصفة نهائية سواء بإقرار مشروع قانون اللجنة المختلطة أو بإقرار الجمعية الوطنية لمشروعها<sup>(٢)</sup>.

سابعاً: وإذا كان نص المادة ٤٥ من الدستور يمثل الأصل في القواعد الإجرائية التي يتعين اتباعها عند نظر مجلسي البرلمان مشروع قانون أو اقتراح بقانون، وكان الامتثال لهذه القواعد واجباً كذلك في القوانين العضوية شأنها في الخضوع لها شأن القوانين العادية؛ إلا أن الدستور

(١) يتوخى نص المادة ٤٥ من الدستور الفرنسي عدم تحويل مجلس الشيوخ حق الاعتراض على كل مشروع قانون تتره الجمعية الوطنية بما يحدث شللاً للحياة البرلمانية. كذلك فإن من بين الأغراض التي تتوخاها هذه المادة؛ أن تكون الكلمة الأخيرة في شأن القبول بالنصوص القانونية أو رفضها؛ للجمعية الوطنية.

اختص القوانين العضوية، بقواعد إجرائية أفردتها بها، هي تلك المنصوص عليها في المادة ٤٦ من الدستور.

ويكتسب هذه القواعد الإجرائية الخاصة فيما يلي:

\* أن القوانين العضوية لا تجوز مناقشتها ولا تعديلها قبل انقضاء ١٥ يوما على إيداع مشروع القانون أو الاقتراح بقانون الخاص بها.

\* أن اتباع القواعد الإجرائية المنصوص عليها في المادة ٤٥ من الدستور، وإن كان واجبا في شأن القوانين العضوية، إلا أن الجمعية الوطنية لا يجوز لها عند اختلافها مع مجلس الشيوخ في شأن مشروع القانون أو الاقتراح بقانون المعروض عليها، أن تقر هذا المشروع أو الاقتراح في القراءة الأخيرة لهما، إلا بالأغلبية المطلقة لأعضائها.

\* أن القوانين العضوية التي تنظم شأنا يتعلق بمجلس الشيوخ، يتعين أن يقرع مجلسا البرلمان عليها في صيغة موحدة<sup>(١)</sup>

Les lois organiques relatives au Senat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées

(١) انظر في شرح المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي مقالة الأستاذ Pierre le Mire الأستاذ في جامعة Reims

نشرت في ص ٨٦٩ وما بعدها من الطبعة الثانية من مؤلف عنوانه La Constitution de la Republic

Française [Economica]. وانظر في شرح المادة ٤٥ من هذا الدستور مقالة أخرى للأستاذ Léo Hamon

الأستاذ بجامعة بلزيم (٩) وألوزير السابق، في ص ٨٨٨ وما بعدها من المؤلف السابق.

### الفصل التاسع والعشرون

### الرقابة على الدستورية وضمان حرية التعاقد

#### المبحث الأول

#### حرية التعاقد بوجه عام

٥٢١- حرية التعاقد في مفهوم بعض الدساتير، من الحقوق الطبيعية A natural right التي حازها الأفراد من أجل تطوير ملكاتهم والظفر بالسعادة التي يطمحون فيها ويعملون من أجلها<sup>(١)</sup>.

وينظر إليها كثيرون على تقدير صلتها الوثيقة بحقوق الملكية، وبوجه خاص في مجال كمبيها بالعقد، وكذلك على صعيد عقود العمل التي يرض العامل فيها قوة العمل في سوق لشرائها<sup>(٢)</sup> وهي فرع من الحرية الشخصية التي لا تنحصر دلالتها في تحرير الناس لأبدانهم من القيود الحسية Physical restraints التي تنال منها كالاغتيال والسجن والتخلف في مكان أمين، وإنما هي كذلك حق المواطنين جميعهم في استثمار قدراتهم واستعمالها بكل الطرق القانونية، وفي العمل أليما يشاءون، وفي أن يحصلوا على قوتهم من كل المصادر التي لها وجه مشروع، وأن يدخلوا بالتالي في كل العقود الملائمة والضرورية التي يكتفون بها مظاهر الحياة التي يطلبونها<sup>(٣)</sup>.

ولم يعد جائزاً على ضوء هذه المفاهيم، إجهاض حرية التعاقد، أو التداخل فيها بصورة تحكمية، ولا النظر إليها بوصفها حرية مطلقة لا قيد عليها. ذلك أن ضمان الحرية وإن اقتضى ألا تفرض عليها قيود جائرة، إلا أن الانتفاع بها لا يفترض تحصينها من القيود التي تنظمها.

ومن ثم تكون حرية التعاقد حرية موصوفة A qualified right ليس لها من نفسها ما يعصمها من القيود التي تقتضيها مصلحة الجماعة وضوابط حركتها<sup>(٤)</sup> وإن كان الأصل هو

(١) Slaughter- House Cases, 83 U.S. (16 Wall) 63 (1873).

(٢) Coppage v. Kansas, 236 U.S 1, 14 (1915).

(٣) Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1915).

(٤) Chicago, B& Q.R.R.V. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

ضمانها، وعدم جواز التدخل فيها إلا استثناء<sup>(١)</sup> حتى يتخذ الإنسان في الحياة الطرائق التي يختارها وأماكن وصور العمل التي يفضلها، ووسائل الرزق التي يستصوبها، وأن يعمل على تحقيق هذه الأغراض من خلال العقود التي يدخل فيها، وعلى تقدير أن حرية التعاقد هي إرادة الاختيار التي تبلور للشخصية الفردية وتشكلها في جوهر ملامحها، وأنها تمثل من الحرية الشخصية، ومن حقوق الملكية، أبرز سماتها<sup>(٢)</sup>

An elementary part of the rights of personal liberty and private property.

ويفترض في القيود على حرية التعاقد، أنها قيود منطقية موافقة للدستور.

A presumption of reasonableness and constitutionality.

ويظل واجبا تنفيذ العقود وفق مشتملاتها، وفي إطار من حسن النية. وبقدر تعلقها بحقوق الملكية، فإن أخذها من أصحابها بغير تعويض لا يجوز، سواء كان المدين بها فردا أو جهازا حكوميا.

ومما يناقض حرية التعاقد، تقرير لحتكار يسطر حق الأفراد في الدخول في المهنة التي ألفوها وتربوا عليها، والتي يعتمدون عليها في معاشهم. ذلك أن حد السلطة البوليسية هو معقوليتها وإصافها. فإن لم تكن كذلك، بل كان تحكمها، وانتفاء معقوليتها وضرورتها، هو ما يتسم به موقفها من الحرية الشخصية، ومن حق الأفراد في الدخول في العقود الملائمة والضرورية، تحين الحكم بمجاوزة هذا التدخل حدود الدستور. وإذا نقضى الجهة القضائية بذلك، فإنها لا تحل تقديرها محل تقدير المشرع. ذلك أن كل إجراء مشروع يصدر في إطار السلطة البوليسية التي تتوخى حماية المواطنين في صحتهم أو غير ذلك من أوجه رعايتهم العام، لا تشملها الرقابة القضائية، ولو كان القضاء لا يميلون إلى هذا الإجراء.

(١) من بين القيود التي يجوز فرضها في نطق حق العمل، تنظيم العمل في المناجم وحظر استخدام الأطفال في المهنة الخطرة، وتحديد حد أدنى للأجر، وتحديد ساعات العمل، وتقرير حق العمال في التعويض عن إصابة العمل وحقوقهم في التفاوض بصورة جماعية Collective Bargaining من أجل الحصول على شروط عمل أفضل.

(٢) Adair v. United States, 20 U.S. 161 (1908).

فإذا نقض الإجراء المتخذ، مفهوم الحرية التي ما توخى الدستور بضمائها غير تنظيها في إطار من الشروط المنطقية والمنصفة التي يراها أرباب الناس كذلك، صار هذا الإجراء باطلاً.

والأصل في العقود هو تكافؤ مصالح أطرافها ما لم يكن الحد إبرائياً متضمناً شروطاً استثنائية لا يألها الأفراد في عقود القانون الخاص، لتحرير الدولة من خلالها عن إرادة تسيير مرفق عام وفق ما تراه ملائماً من النظم؛ وإن ظل واجباً عليها ألا تلغى عقوداً قائمة، ما لم يكن الدخول في هذه العقود منطوياً على التخطيط لجرمة، أو على وجه آخر غير مشروع كاللتمل بغير حق في الوظيفة القضائية أو التنفيذية، أو التشريعية، أو تقييد حرية تدفق التجارة دون مقتضى<sup>(١)</sup>.

#### ويتعين دائماً أن نلاحظ:

أولاً: أن التدخل في العقود من خلال السلطة البوليسية التي تتوخى تأمين المواطنين في صحتهم وسلامتهم ورخائهم العام وضمان قيمهم الخلقية، جائز كلما كان معقولاً. وهو ما يؤكد القضاء المقارن، بل إن مصلحة الدولة الاقتصادية، إذ تبرز التدخل في بعض العقود بما يكلها.

ثانياً: وفي مجال تقييم القيود التي يجوز بوجه عام فرضها على العقود، يتعين أن ننظر إلى ما إذا كان من شأنها تحقيق غرض مشروع بوسائل منطقية. فإذا استلزم أمرها على هذا النحو، تعين القول بجوازها، ولو كان من شأنها أن تؤثر -بطريق مباشر أو غير مباشر- في العقود القائمة أو تعدل بعض أحكامها.

The question is not whether the legislative action affects contracts incidentally, or directly or indirectly but whether the legislation is addressed to a legitimate end and the measures taken are reasonable and appropriate to that end

ولا كذلك أن يتدخل المشرع بصورة تصفية في العقود بما يهدر أو يقلص الحقوق التي أنشأها. إذ يعتبر هذا التدخل مخالفاً للدستور، وبطلاناً، ذلك أن التدخل في العقود، لا يجوز ما لم يكن معقولاً، شأن العقود في ذلك شأن الوسائل القانونية السلمية التي تمثل المعقولة جوهرها.

(١) Atlantic Coast line R.Co.V.Goldsboro, 232 U.S. 548 (1914).

ثالثاً: أن الطعن قضائياً في العقود التي دخل الشخص فيها، يخول الجهة القضائية الفصل في صحتها ثم تحديد ما إذا كان المشرع قد تدخل فيها بصورة غير منطقية، ليصير هذا التدخل غير مشروع ولو تدرع المشرع بالسلطة البوليسية التي لا يجوز استعمالها في غير الأغراض التي رصدها الدستور عليها، والتي لا يندرج تحتها أن يتخفى المشرع وراء هذه السلطة لتحقيق غرض غير مشروع<sup>(١)</sup>، أو لتحقيق غرض مشروع بوسائل غير منطقية. ذلك أن معقولة للتدخل في العقود يفترض أن يكون هذا التدخل جائزاً. وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ملائماً، وواقعاً في المجال الطبيعي لمباشرة السلطة البوليسية منظوراً في تحديد مداها إلى نطاق الآثار التي ترتبها التدخل في العقود على حقوق أطرافها.

ولا يجوز بالتالي للجهة القضائية -في مجال تقييمها للتدابير السلمية التي تتخذها السلطة البوليسية- أن تمتنع هذه الجهة عن تقدير المشرع بتقديرها، ولو كان تقديرها أفضل من وجهة نظرها<sup>(٢)</sup>.

٥٢٢- وكما تدخل المشرع بالنصوص القانونية التي ألغىها لتحقيق غرض مشروع يرتبط عقلاً بها، نعين أن تعامل هذه النصوص بافتراض صحتها، ولو وجد تنظيم أو تصور آخر أفضل منها، وأعرق حكمة مقارناً بها.

٥٢٣- ولئن جاز القول بأن الأصل في السلطة البوليسية هو إطلاقها بشرط تقديرها بالضوابط التي فرضها الدستور عليها لتحقيق الأغراض التي تستهدفها، وكان ضمان حرية التعاقد لتكفل للناس جميعهم صحتهم وسكينتهم وأمنهم العام بما في ذلك صون أخلاقهم -مؤداه أن ضمان حرية التعاقد في نطاق الشروط المنطقية للوسائل القانونية السلمية -ما كان منها موضوعاً أو إجرائياً- يعتبر من ضوابط الحماية التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحياتهم، فقد نعين إبطال كل قانون يحظر على بعض المواطنين -دون ممنوع معقول- مباشرة ما هو مشروع -من صور النشاط التي يريدون الدخول فيها، ولو كانوا قد هجروها من قبل<sup>(٣)</sup>.

(١) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

(٢) Advance-Rumely Thresher Co. v. Jackson, 287 U.S. 283 (1932).

(٣) تعتبر الحقوق الناشئة عن العقد، حقوق ملكية. وكما أن الملكية لا يجوز أخذها بغير تعويض، فإن الالتزامات المعقولة لا يجوز الإخلال بها بغير تعويض، سواء كانت الدولة أو الفرد طرفاً في العقد.

Lynch v. United States, 292 U.S. 571 (1934).

ذلك أن صور النشاط هذه، تقارن حقوق الملكية التي تتمثل بها، بما مؤداه أن الوسائل القانونية السلمية، هي التي تكون كذلك بالنظر إلى خصائصها ومكوناتها. ولا شأن لها بما يراه المشرع مندرجا تحتها أو ولقها في إطارها.

٥٢٤- على أن حرية التعاقد مع أهميتها لا تقبل الإطلاق، بل يجوز تقييدها بما لا ينافي من أصل الحق فيها. فلا تنطلق هذه الحرية لتحطم كوابحها، وإنما يجوز تنظيمها. فليس ثمة حرية للفرد في أن يتعاقد بالطريقة التي يختارها، وبالشروط التي يرضيها، ولو نافض بها قيم الجماعة وثوابتها. وإنما الحرية في حقيقتها، يناسبها تجردها من القيود الجائرة على ممارستها<sup>(١)</sup>.

Liberty implies the absence of arbitrary restraints, not immunity from reasonable regulations and prohibitions imposed in the interests of community.

وليس لأحد بالتالي أن يعتصم بحرية بدعوى إنهاض بها قيودا منطقية يفرضها المشرع عليها لضمان مصالح الجماعة في أشكالها المتجددة والمتطورة<sup>(٢)</sup>. ذلك أن معقولة هذه القيود تفترض Presumption of reasonableness .

٥٢٥- ولا يبال ما تقدم، من حقيقة أن حرية التعاقد تتمحض تعبيراً عن إرادة الاختيار التي تعتبر جزءاً من أهمية الفرد، فلا تنفصل عنها. ومن ثم تعتبر القيود عليها -بالبضرورة- من طبيعة استثنائية، تغير بقدر الضرورة التي ألمتها. وهذه الطبيعة الاستثنائية للقيود التي يفرضها المشرع على حرية التعاقد مردها أن الدستور وإن كان يكفل الحرية الشخصية، ويمنع تقييدها بغير الوسائل القانونية السلمية في جوانبها الموضوعية والإجرائية، إلا أن الحرية التي يصونها الدستور، هي التي تقع في إطار تنظيم اجتماعي يقتضي من المشرع أن يتدخل بقدر الضرورة وفي حدودها. وكلما كان تنظيم القانون لهذه الحرية مبرراً من خلال مضمون المسائل التي يواجهها، وعن طريق نوع المصالح التي يحميها، فإن القيود التي حد بها المشرع من الحرية الشخصية بوجه عام، تحكم العقود كذلك بوجه خاص.

(١) انظر في ذلك:

Chicago, B. and Q.R.R. v. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

(٢) O' Gorman and Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co. 282 U.S. 251 (1931).

وهذا يعني أن معقولة القيود التي يفرضها المشرع على العقود، تفترض.

ويجوز بالتالي أن يفرض المشرع حداً أدنى من الأجور لمصلحة المرأة كسي يكفل لها الوسائل الضرورية لمعيشها، وأن يساويها كذلك بالرجل في الأجور التي يحصل عليها، فلا يستظها رجال الأعمال انتهازا منهم لضعفها؛ ولا يجورون على حاجتها إلى الأجر العادل الموازن لجهدا. كذلك لا يجوز إنكار حق المرأة ولاحق الرجل في العمل بناء على مجرد انضمام أيهما إلى أية منظمة نقابية، ولا حرمان غير الملتزمين إليها من هذا الحق. ذلك أن هذا الإنكار لا يجوز أن يكون غاية تلتمسها النصوص القانونية، ولا أن تعمل لتحقيقها.

كذلك فإن فرض قيود على المرأة في مجال حرية التعاقد تزيد عن تلك التي يقضيها المشرع من الرجل في الأوضاع ذاتها التي لا تغاير في ظروفها، مؤداة أن يكون القانون الصادر في هذا الشأن، قائما على تمييز غير مبرر ومخالفا للمستور.

٥٢٦- ولئن كان اتصال حرية التعاقد بالحرية الشخصية بوصفها جزءا من مكوناتها، من الأمور المقطوع بها، فإن صلتها الوثيقة بالحق في الملكية لا نزاع فيها، بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، وهي حقوق تحل إلى قيم مالية يحميها الحق في الملكية الفردية التي تمتد إلى الحقوق جميعها الشخصية منها والعينية وإلى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

ويتعين بالتالي النظر إلى العقود -حال صحتها- باعتبارها من الأموال التي تشملها الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة، على أن يكون مفهوما أن حرية التعاقد، وما يتصل بها من الحق في الملكية، لا تعنيان تكافؤا في الثروة، ولا تقريبا في الدخول. ذلك أن الناس لا يتساوتون في ثرواتهم، إلا إذا كانوا يملكون مصادرها على الشيوع فيما بينهم، وبحصص متساوية.

٥٢٧- وليس للدولة في العقود التي تدخل فيها مع الأفراد مركزا تطو به عليهم، ما لم يكن العقد إداريا في الدول التي تقوم نظاما قانونيا متميزا لهذا النوع من العقود تخرج به عن عقود القانون الخاص التي تتكافأ فيها مصالح أطرافها. ذلك أن الأصل في العقود، هي امتناع تحوير الحقوق التي تنشأ ما لم يكن ذلك بناء على اتفاق بين أطرافها أو نزولا على حكم القانون، لضمان مصلحة يتوخاها المشرع، كذلك التي تتصل بأعراض الناس وبصحتهم أو بسلامتهم أو بربحتهم للعام.

وجاز بالتالي إبطال بعض العقود، كلما كان ذلك ضروريا لصاية مصلحة لها اعتبارها، إهدار العقود المعبرة حلقة في الجريمة المنظمة، أو التي تتدخل بصورة غير ملائمة في الوظيفة التشريعية أو القضائية أو الإدارية، أو التي تقيد من تدفق التجارة<sup>(١)</sup>.

٥٢٨- علي أن تتدخل في حرية التعاقد بما يقوض أسسها أو يعطل آثارها؛ وإن كان لا يجوز تشريعا في غير ضرورة، إلا أن السلطة القضائية توسعها أن تزيل آثار عقد قائم، ولو بأثر رجعي، إذا كان هذا العقد باطلا منذ ميلاده<sup>(٢)</sup>.

ولها بالتالي أن تنيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها حين الدخول في العقد. ولا يعتبر ذلك منها تدخلا في حرية التعاقد، بل جزءا علي مخالفة العقد لقاعدة أمرة لا يجوز إهدارها.

ذلك أن الحماية التي يكتفلها الدستور للعقود بوصفها قيما مالية، شرطها صحتها، وانقيادها في القواعد التي تقوم عليها مع الحقوق الثابتة للدولة في نطاق سلطاتها البوليسية التي لا يجوز التفاوض عليها، كالحق في صون القيم الخلقية لمجتمعها، فلا يكون من شأن حرية التعاقد ذاتها، ولا لشرط الرسائل القانونية السليمة، تعطيل حق الدولة أو إعاقته عن مباشرة سلطاتها البوليسية التي تؤمن من خلالها -بالنصوص القانونية أحيانا- مصالح عريضة في اتساعها، خطيرة في أهميتها وضرورتها لصلتها الوثيقة بأمن الجماعة وصون هويتها وولائها ورخائها وأدائها ونظامها العام.

بل إن المصلحة الاقتصادية للدولة قد تبرر تدخلها في عقود قائمة، كلما كان هذا للتدخل منطقيا.

٥٢٩- ويظل من حق المشرع أن يغير من أشكال الحماية التي يكتفلها للعقود السليمة، وأن يعدل بالتالي من الترضية التي أحاط بها هذه العقود كجزاء على إخلال أحد أطرافها بالتزام نشأ عنها؛ إلا أن شرط ذلك أن تكون الحدود الجديدة لهذه الترضية ملائمة. فإذا تدخل المشرع فيها على نحو يشوهها أو يقوض عناصرها، ويغير أن يحل محلها بنديلا ملائما بكل جبر الأضرار الناجمة عن الخطأ في تنفيذ العقد، كان ذلك إخلالا من المشرع بحرية التعاقد مخالفا للدستور. وهو

(١) Tawney v. Mutual system of Maryland (1946) 186 Md 508, 47 A 2 d 372.

(٢) Central land Co. v. Laidley, 159 U.S. 103 (1895).

ما يتحقق ذلك كلما جرد المشرع المتعاقد الحريص علي إنفاذ عقده، من الوسائل العملية والفعالة التي يؤمن من خلالها، حماية للعقد عن طريق إصالح بنوده.

ذلك أن حرية التعاقد، تفرض تنفيذ العقود وفق مشتملاتها وفي إطار من حسن النية، وعن طريق ترضية ملائمة يفرضها المشرع كجزاء عن الإخلال بأحكامها، بشرط أن يكون بإمكان الدائن أن يقتضيها جبرا من المدين. ولا كذلك أن يتدخل المشرع في الترضية القائمة ليعدل من جوهر خصائصها إلى حد يصل إلى فحواها أو أضعافها إلى حد كبير وعلى الأخص إذا ربط المشرع الحصول عليها بشروط ترفعها.

ويظل دقيقا، الخط الفاصل بين الترضية الملائمة التي يجوز القبول بها، والترضية التي يعدل بها المشرع من ترضية قائمة بما يقوض الحقوق الجوهرية التي أنشأها العقد؛ وإن عيّن النظر في كل حالة على حدة علي ضوء ظروفها ولوضاعها الخاصة، وبمراعاة أن الترضية الملائمة هي الكافية في إنصافها ومعقوليتها<sup>(١)</sup>.

٥٣٠- على أن تعديل الدولة وفق ضوابط منطقية لشروط الترضية التي تجبر الإخلال بالتزام نشأ عن العقد، لا يمسح عنها ولجها في ضمان تنفيذ العقود، خاصة تلك التي تكون هي طرفا فيها<sup>(٢)</sup>. ذلك أن الإخلال بها يقوض حرية التعاقد ويهدم أساسها، فلا تتكامل للعقد أجزاؤها. بل إن تدخل المشرع فيها ليحول دون تنفيذها، يخل -دون ما ضرورة- بالحقوق القائمة لأطرافها، من جهة إهدار المشرع للحقوق المالية التي أنشأها العقد والتي عول المتعاقدون عليها في إطار النظم القانونية القائمة. ومن ثم تفرض مخالفة هذا القانون للمستور.

٥٣١- ويظل الأصل هو حظر التدخل في العقود لتقويض بنياتها -سواء كان هذا التدخل مباشرا أو غير مباشر- ما لم يكن هذا التدخل قد تم بصورة استثنائية، ومبرر لمصلحة قاهرة يقوم

(١) Richmond Mortg. v. Wachovia Bank, 300 U.S. 124 (1937).

(٢) لا يعتبر اسناد وظيفة إلى القائم بالعمل العام، عقدا

Dodge v. Board of Education, 302 U.S. 74 (1937).

فالذين يعمدون في وظيفة عامة لا يملكونها، لا هي، ولا الحقوق التي تنفرع عنها، ما لم تكن من الحقوق المكتسبة.

الدليل عليها، وبشرط أن تكون التدابير الوقعة في نطاق هذا التدخل ملاءمة، وأن ترتبط عقلا  
 بوعاء هذه المصلحة ومتطلباتها<sup>(١)</sup>.

---

(<sup>١</sup>) Home Building and Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934).

### المبحث الثاني

#### قضاء المحكمة الدستورية العليا

##### في شأن حرية التعاقد<sup>(١)</sup>

٥٣٢- وترد المحكمة الدستورية العليا -في قضاء متواتر- حرية التعاقد، إلى الحرية الشخصية، وتنتظر إليها باعتبارها من فروعها ونواتجها. فلا تكون إلا من قبضها، حتى لتدخل في عموم معناها. وهي كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية بالنظر إلى الحقوق ترتبها العقود فيما بين أطرافها.

فضلا عن أن الحرية الشخصية -وما يتصل بها من إرادة الاختيار، وعلي ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين.

وفي هذا الإطار تقرر المحكمة الدستورية العليا، المبادئ الآتي بيانها:

أولا: أن ضمان الحرية الشخصية لا يقتصر على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، وإنما هي صمام أمن كذلك يتسحب إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقدير التي يملكها كل شخص، فلا يكون بها كلتنا يحمل على ما يرضاه بل بشرا سويا.

بيد أن حرية التعاقد هذه -التي تعتبر في القضاء المقارن حقا طبيعيا لازما لكل إنسان تطورا لإرادة الخلق والإبداع؛ وتحييها لطلوق في الحياة يختارها، ويكون بها أكثر اطمئنانا

(١) انظر في ذلك القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٤ -ص ٦٧١ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها، والقضية رقم ٢٥ لسنة ١٧ قضائية -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ٦٤ ص ٩٣٣ وما بعدها من الجزء الثامن. وانظر كذلك القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩١- قاعدة رقم ٦٥ -ص ٩٥٣ من الجزء الثامن؛ وكذلك حكمها رقم ٥٩ -ص ٨٧٨ وما بعدها من الجزء الثامن. وانظر كذلك حكمها في القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" -جلسة ٢٠٠٠/٣/٤- قاعدة رقم ٦٠ -ص ٥٠٧ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكامها.

لخذه- يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها ونقلا لأسس موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان.

فلا تكون حرية التعاقد بذلك إلا حقاً موصوفاً *A qualified right*. ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها انسيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يندبها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها؛ بين تمردها على كوابحها و الحُكُود المنطقية لممارستها، بين مروقها مما يحد من انتدفاعها، وردّها إلى ضوابط لا يملأها التحكم.

وفي إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يفرضها المشرع على الحرية الشخصية. ذلك أن هذه الحرية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضرورياً لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتض.

ولا تغيد حرية التعاقد بالتالي، أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها. ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام.

وقد يورد المشرع في شأن العقود -حتى ما يكون واقعاً منها في نطاق القانون الخاص- قيوداً يرعى على ضوئها حدوداً للنظام العام لا يجوز لفتحها. وقد يخضعها لقواعد أشهر أو لشكلية ينص عليها. وقد يعيد إلى العقود، توازناً اقتصادياً اختل فيما بين أطرافها. وهو يتدخل إيجابياً في عقود بذواتها محورها من التزاماتها لتتصافاً لمن دخلوا إليها من الضعفاء، مثلاً هو الأمر في عقود الإذعان والمصل. ولازال المشرع يقلص من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيمها جماعياً ثابتاً *Contracts Collectifs* كذلك التي تتضمن تنظيمها نقابياً، بما مؤدها أن المشرع أن يرسم للإرادة حدوداً لا يجوز أن يتخطاها سلطانها، ليظل دورها واقعاً في إطار دائرة منطقية، تتوازن الإرادة في نطاقها، بدواعي الحل وحقق الصالح العام. ومن ثم لا تكون حرية التعاقد - محددة على ضوء هذا المفهوم- حقاً مطلقاً، بل موصوفاً. فليس إطلاق هذه الحرية وإغواها من كل قيد، بهائز قانوناً، وإلا آل أمرها سرايا أو انفلاتاً<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٧ يولية ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٤ - حتى ٦٧٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ونظر كذلك القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٨/٢ ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٥ - ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

Freedom of Contract is a qualified and not an absolute right. There is no absolute freedom to do as one wills, or to contract as one chooses.

وما تقدم موداء، أن ضمان الحرية لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها. ذلك أن الحرية تنبذ بالضرورة مباشرتها دون قيود جائزة Arbitrary restraints وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتوسعها ضوابط حركتها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: تلك هي النظرة الكلية لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن حرية التعاقد. ولكن المحكمة لا تقعد باجتهادها عند حدود هذه النظرة الكلية، ولكنها تفصلها وتسمها بقولها:

إن حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية؛ إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيًا كان المدين بأدائها. ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم أدائها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كذلك التي تدعو للجريمة وتنظمها؛ أو التي تعزل دون حق تدفق التجارة في سوقها المفتوحة؛ وكانت السلطة التشريعية وإن ماغ لها استثناء أن تتناول أنواعا من العقود لتحيط ببعض جوانبها بتنظيم أمر يكون مستندا إلى مصلحة مشروعة؛ إلا أن هذه السلطة ذاتها لا يسعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد ههما من أثر.

ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملا في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليحملها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلافها؛ إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها والتي تولد لفلاتها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق المصالح العام- لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها؛ ومحوها كاملا للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيراً عنها، ممثلاً في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٥/٨/٥- قاعدة رقم ٨- ص ١٥١ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٥٠- ص ٧٧٥، ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

**ثالثاً:** وتضمني المحكمة الدستورية العليا في بيان الآثار القانونية لحرية التعاقد ليس فقط في صلتها بالمواطنين، بل كذلك من خلال تطبيقاتها في علاقة قانونية يكون طرفها أجنبياً. وتقول في ذلك:

إن التطور لراهن لحقوق الإنسان الأساسية، جعل منها جزءاً لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحدة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين المقيمين بها. فلا يجوز التمييز غير المبرر في مجال مباشرتها، ولو كان من يطلبها أجنبياً.

وصار ثابتاً كذلك أن المعايير الدولية لا يجوز تفسيرها بأنها تخول أحداً، أن ينال من الحقوق التي تقيدها سواء بمحوها أو بإيراد قيود عليها تريد عن تلك التي ترخصها الدول الديمقراطية. ذلك أن الحرية الشخصية، وما يتصل بها من إرادة الاختيار -وعلى ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين الذين يملكون في نطاق الأعمال التي خولهم المشرع حق تصريفها -حق اختيار وكلاء عنهم يديرونها لحسابهم وفق الشروط التي يرونها لكل لمصالحهم. فإذا حرّمهم المشرع من هذا الحق، أخل بالحماية التي تكفلها الدستور للملكية الخاصة بنص المادتين ٣٢ و٣٤<sup>(١)</sup>.

**رابعاً:** وتكفل المحكمة الدستورية العليا كذلك حرية اختيار الزوج، والدخول في علاقة زوجية يتوافق أطرافها عليها من خلال العقد. وهي تؤسس حكمها في ذلك على الدعاوى الأتي بيانها<sup>(٢)</sup>

\* أن الحرية الشخصية أصل يهيمن على الحياة بكل أقطارها، إذ هي محورها وقاعدة بنائها. ويندرج تحتها بالضرورة تلك الحقوق التي لا تكتمل الحرية الشخصية في غيبتها، ومن بينها الحق في الزواج لتكوين أسرة لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقة أو تقوض روابطها.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٥، ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٥٦٧ وما بعدها من الجزء السادس.

أن الزوجين يمتزجان في وحدة يرتضيانها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبتها متراميا على طريق نماتها. وإذا كان الزواج -في مضمونه ومرماه- عقيدة لا تنقسم عراها، أو نهن صلابتها، وتصل روابطها في خصوصيتها إلى حد تقديسها؛ فإن التداخل تشريعا في هذه العلاقة للحد من فرص الاختيار التي تنشأ، لا يجوز لغير مصلحة جوهرية تسوغ بموجبها تنظيم الحرية الشخصية بما لا يهدم خصائصها.

\* أن الحق في اختيار الزوج وثيق الاتصال بخواص الحياة العائلية، ويستحيل أن يكون واقعا وراء حدودها، إذ يتصل مباشرة بتكوينها. وهو كذلك من العناصر التي تتكامل بها شخصية الفرد، ويكفل من خلالها تحقيق إرادة الاختيار فيما هو لصيق بذاته، ليحدد ملامح توجهاته التي يستقل بتشكيلها. ولا يدعو إكثاره أن يكون إخلالا بالقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة، ويشترط الوسائل القانونية السليمة.

\* أن الدستور وإن لم يلمس على الزواج كحق، إلا أن كثيرا من الحقوق التي لا نص عليها فيه، تعتبر من فوض النصوص التي قننها. وعلى ضوء هذا الاعتبار، يعتبر الحق في اختيار الزوج، مشمولا بالحماية التي يكتفلها الدستور لحرمة الحياة الخاصة، ومتصلا كذلك بحق كل شخص في تكوين الأسرة التي يسطفها، وأن يتخذ ولدا من خلال زواج باعتباره للعلاقة الزوجية الوحيدة التي لا يوجد ولد إلا في إطارها.

خامسا: وتؤكد المحكمة الدستورية العليا بعبارة باترة، أن العقود التي يقيمها أطرافها وفق نصوص الدستور ذاتها، لا يجوز أن ينهيا المشرع، ولو عارضتها مصلحة أي كان وزنها<sup>(١)</sup>.

سادسا: وتعرض المحكمة الدستورية العليا لحرية التعاقد في واحد من أخطر تطبيقاتها ممثلا في العلاقة الإيجارية التي تبلور النصوص القانونية التي تحكمها، اتجاها عاما بتداء المشرع ربحا طويلا من الزمن في إطار من مفاهيم جائزة ما برح المستأجرون على ضوئها، يرجسون مصالحهم على مؤجرين أضمر المشرع بحقوقهم، مبتكرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوا بها -في كثير من جوانبها- حدود الاعتدال.

(١) للفتية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٤ من ٩٣٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" بجلستها المعقودة في ١٥/١١/١٩٩٧<sup>(١)</sup>، تقرر المحكمة أن حق المستأجر لازل حقا شخصيا مقصورا على استعمال عين بذاتها في المنفعة المرصودة عليها، فلا يمكن هذا الحق إلسي استغلالها إذا منعها أصحابها عن مستأجرين من خلال شرط اتصل بإجارة أبر موها معهم صريحا كان هذا الشرط لم ضمئنا.

فإذا خول المشرع -وبناء على قاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها- الحق في التأجير المفروش لكل مستأجر في الأحوال التي حددها، صار منتهيا حق من يملكون الأعيان المؤجرة في ألا يتولى آخرون سلطة استغلالها بخير إئن منهم. وفي ذلك عدوان على الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطقها، والتي لا تستقيم الحرية للشخصية -في صحيح بديانها- بغواتها، فلا تكون الإجارة إلا إملاء يناقض أسسها.

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٧١ لسنة ١٩ قضائية بجلستها المعقودة في ٤/١٠/١٩٩٧<sup>(٢)</sup>، تقرر هذه المحكمة، أن حرية التعاقد والحق في الملكية من الحقوق التي كفلها الدستور، وأن الأصل في الروابط الإيجارية، أن الإرادة هي التي تنشئها، فإذا جردها المشرع من كل دور في مجال تكوين هذه الروابط وتحديد آثارها، كان تنظيمها أمرا منافيا لطبيعتها.

ولئن جاز القول بأن القيود التي فرضها المشرع على الإجارة، قد اقتضتها أزمة الإسكان وحدة ضغوطها، وضرورة التكفل لمواجهتها بتدابير استثنائية تعتبر من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها؛ وكان هذا للتنظيم الخاص قد أصابها في كثير من جوانبها، مقيدا عمل الإرادة في مجالها -وعلى الأخص في مجال تحديد مقدار الأجرة ولتمتداد الإجارة بقوة القانون- إلا أن الإجارة نطل -حتى مع وجود هذا التنظيم الخاص- تصرفا قانونيا ناشئا عن حرية التعاقد التي أهدرتها النصوص القانونية المطعون عليها من خلال إلغائها -وبقوة القانون- تبادل الأعيان الممكنة المؤجرة في البلد الولد - بين مستأجر وآخر، في الأحوال التي تبينها المصلحة التنفيذية ووفق الضوابط التي تضمنها، فلا تكون الإجارة -على النحو المتقدم - عقدا يقوم على التراضي، بل إملاء يناقض أسسها ويقوضها.

(١) من ٩٥٤ من الجزء الثامن.

(٢) من ٨٧٨ وما بعدها من الجزء الثامن.

• وتأتي المحكمة الدستورية العليا بقاعدة جوهرية تؤكد بها أن التدابير الاستثنائية التي تحكم العلاقات الإجارية، لا يجوز أن تبقى أبداً على حالها، ولا أن تكون حلاً نهائياً لمشكلاتها، وأن التوازن في هذه العلاقات، ينبغي أن يكون قاعدة بذاتها، فلا ينقض المشرع إطار هذا التوازن لمصلحة أحد أطرافها، مجانباً في ذلك حدود الاعتدال.

وهي تؤكد هذه المعاني بتقريراتها القاطعة والمباشرة التي تقول فيها بأن التدابير الاستثنائية التي فرضها المشرع للحد من غلاء أزمة الإسكان، وإن آل أمرها إلى اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها مع تعطيلها بالنظام العام لإبطال كل اتفاق على خلافها، إلا أن تطبيق هذه التدابير الاستثنائية يظل مرتبطاً بالضرورة التي أملت بها بوصفها باعثها وإطارها. وما كان لمريائها بالتالي أن ينفصل عن مبرراتها، ولا أن يزيد على قدر هذه الضرورة.

ولا يجوز بالتالي أن تعتبر هذه التدابير التي تدخل بها المشرع في العلاقات الإجارية مسنًى أجل ضبطها، حلاً نهائياً ودائماً لمشكلاتها، فلا يتحول المشرع عنها، بل عليه أن يبعد النظر فيها، وأن يعدل عنها عند زوال مبرراتها، وأن تخلي هذه التدابير عندئذ مكانها لحرية التعاقد بوصفها الأصل في العقود جميعها.

وكما قدر المشرع إنهاء التدابير الاستثنائية التي كان قد فرضها في شأن الأعيان المؤجرة، دل ذلك على أن الاتفاق صار مهيمناً على شروط التعاقد. وهو اتفاق يكفي لاتمقده أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين<sup>(١)</sup>.

• وتفصل المحكمة الدستورية العليا حدود الضرورة الاجتماعية للتدابير الاستثنائية في العلاقات الإجارية بقولها إن استلاب أموال الناس لا يتصور أن يكون حقاً لأحد، ولا أن تنقرر الضرورة بعيداً عن حقيقتها.

فلذا أعاد المشرع العلاقات الإجارية إلى الأصل فيها بعد أن اختل التوازن بين أطرافها اختلالاً جسيماً، وغداً تنظمها الاستثنائية منافياً لطبيعتها، متغولاً حدود التضامن الاجتماعي التي

(١) القضية رقم ٧٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢١ - ص ٣٢١ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

كفلتها المادة ٧ من الدستور، فإن عمل المشرع سوف يرد به الحقوق لأصحابها، وأقام ميزانها عدلا وإنصافا- لا يكون مخالفا للدستور.

\* وتقيم المحكمة الدستورية العليا دعائم قضائها في شأن التوازن في العلاقات الإجارية علي أن الطبيعة الاستثنائية للقوانين التي درج المشرع علي تنظيم هذه العلاقات من خلالها، لا تعصمها من الرقابة القضائية علي الشرعية الدستورية، ذلك أن هذه القوانين حتى مع اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها، مناطها الضرورة الموجهة لهذا التنظيم الخاص.

ومن ثم تنور معها وجودا وعدما تلك القيود التي ترتبط بها، وترتد إليها، باعتبارها مناط مشروعيتها. ويتعين بالتالي أن يقرر المشرع في مجال تنظيم العلاقات الإجارية، من النصوص ما يكون كافلا للتوازن بين أطرافها، على أن يكون هذا التوازن حقيقيا لا صوريا، ولقعا لا متحلا أو سرايا، وأن يبلور التوازن في هذه العلاقات حقيقة قانونية لا مارة فيها، لضمان أن يكون التنظيم التشريعي لحقوق الموجرين والمستأجرين في دائرة هذا التوازن، منصفًا، لا متحيفا، متعمقا للحقائق الموضوعية، وليس متعلقا بأهليها الشكلية.

ولا يجوز بالتالي أن يدخل المشرع من إطار العلاقات الإجارية بما يمثل التثاقلا على حقوق أحد أطرافها، أو يخرها عن ضوابط ممارستها، وإلا أل أمر النصوص التي ألفها إلى البطلان<sup>(١)</sup>.

\* وتقرر المحكمة الدستورية العليا كذلك أن حق مستأجر العين في استعمالها مصدره العقد دائما، ولا زال حقا شخصيا لا عينيا يدخل إلي سلطة مباشرة على العين للموجة ذاتها يمارسها مستأجرها دون تدخل من الموجر. فإذا تخلى المستأجر عن العين وتركها، زيلته الأحكام الاستثنائية التي بسطها المشرع لصالحه، ولم يعد لأحد إحياء حق في شغلها بعد أن صار هذا الحق منعدما. ولا يجوز في أية حال أن ينحدر المشرع بحقوق الموجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية، مرجحا عليها مصالح لا تدانيها، ولا تقوم إلي جانبها أو تنكأف معها، ومال حمايتها حرمان موجر العين منها حرمانا مؤيدا ترقيها علي انتقال منفعتها إلي الغير انتقالا متبعا متصلا في أغوار الزمن.

(١) القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ١١ من ١٩ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وهو بعد انتقال لا يعتد بإرادة المؤجر في معذنها الحقيقي، بل يقوم في صورة الأكثر شيوعاً على التحايل على القاتون، والتكليس على المؤجر، وهو ما يعد التواء بالإجارة عن حقيقة مقاصدها، وإهداراً لتوازن لا يجوز أن يختل بين أطرافها، وإتكاماً لغرياء عليها انحرافاً عن الحق، ونكولاً عن الصالح العام.

وكما ألحق المشرع بالمؤجر وحده الضرر اللبّين للفاحش، وقرر معاملة تفضيلية لأقرباء المستأجر الأصلي اختصهم بها دون مسوغ، واصطفاهم من خلالها في غير ضرورة، فإنه بذلك يكون قد قدم بذلك المنفعة المجبوبة على مخاطر يتعين توقّي سوءاتها ودرء أضرارها، حال أن دفع المضرة لولى، وعلى الأخص من خلال تولّز في الحلق الإيجارية يكون كإفلا مصالح أطرافها، غير مؤدٍ إلي تنافرها<sup>(١)</sup>.

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" بجلستها المعقودة في أول يناير ١٩٩٤<sup>(٢)</sup>، تقرر للمحكمة الدستورية العليا أن ما نص عليه المشرع<sup>(٣)</sup> من أن الأسبق إلى شراء وحدة من مالكة، ولو لم يكن قد سجل عقد شرائه لها، هو الأجدد بالحماية القانونية ممن ابتاعها مرة ثانية، لا مخالفة فيه للدستور. ذلك أن المشرع توخى بذلك أن يبيط كل بيع لاحق لعقد شرائها الأول إذا تعلق بالوحدة ذاتها، ولو كان البيع اللاحق لها مسجلاً.

وتؤسس المحكمة حكمها المتقدم، على أنه إذا باع الوحدة ذاتها مالكةا إلى غير من تعاقد معه أولاً على شرائها، كان ذلك تعاملًا فيها يقوم على التحايل والانتهاز. وهو ما دعا المشرع إلى إحطال البيوع اللاحقة على العقد الأول، باعتبار أن محلها صار من الأموال التي لا يجوز التعامل فيها بمقتضى قاعدة أمرة ناهية فرضها المشرع على أسس موضوعية، بعد أن شاع التعامل فسي

(١) القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية "مستورية" - جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٥٤٢ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ١٠٥ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٣) نص الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، على أن يعاقب بقوة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الذي يتقاضى ببلية صورة من الصور، بذقة أو بالوسطة، أكثر من مقدم عن ذات الوحدة، أو يجرها لأكثر من مستأجر، أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها، ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً.

الوحدة الواحدة أكثر من مرة انحرافاً عن الحق وتمادياً في الباطل، واستمراء للزور والبهتان، فلا يكون البيع لللاحق للوحدة ذاتها، إلا معياً من مالها انتقض ما تم من جهته خطأ. ويتعين بالتالي إهدار سوء قصده جزاء وفاقاً.

فإذا أبطل المشرع البيوع اللاحقة جميعها بطلاناً مطلقاً لضمان اندامها؛ وكان العدم لا بصير وجوداً ولو أجزء، وكان بطلان البيوع اللاحقة على العقد الأول، قد تقرر بناء على نص ناب في القانون، حظر نقل ملكية الوحدة ذاتها إلى غير من اشتراها أولاً من مالها حتى لا يختل استقرار بالتعامل؛ فإن حظر البيع اللاحق للوحدة ذاتها، لا يكون مخالفاً للمستور، ولو قُبرن المشرع هذا الخطر بعقوبة جنائية نص عليها لردع من يخرجون على مقتضاه.

كذلك فإن إبطال المشرع بقاعدة أمرة للبيوع اللاحقة على العقد الأول، موداه تطلق هذه البيوع بأموال حظر المشرع تداولها - لا بناء على طبيعتها - ولكن بناء على نص قانوني أمر.

وبينما نشأ عقد البيع لللاحق باطلاً على النحو المتقدم، فإن عقد شرائها الأول ولد صحيحاً وناظراً، فلا تعتبر البيوع الألق للضل في مجال نفاذها من عقد شراء الوحدة الأول. ذلك أن المفاضلة بين عقدين ترجيحاً لأحدهما على الآخر، يفترض استيفاء هذين العقدين لأركانها ولنشروط صحتها. ولا كذلك البيوع التي تم إبرامها بعد عقد الشراء الأول، ذلك أن اندامها موداه زوال كامل آثارها وامتناع تنفيذها.

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" بجلستها المعقودة في ١٥/٩/١٩٩٧<sup>(١)</sup>، تقرر هذه المحكمة للقواعد الآتي بيانها:

أولاً: أن الأصل في العقود -وإعتبارها شريعة المتعاقدين- تقوم بنصوصها مقام القانون في الدائرة التي يبيها - هو ضرورة تنفيذها في كل مشتملاتها، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقاً للقانون.

ثانياً: كلما نشأ العقد صحيحاً ملزماً، كان تنفيذه واجباً، فقد التزم المدين بالعقد، فإذا لم يتم بتنفيذه، كان ذلك خطأ عقدياً، سواء نشأ هذا الخطأ عن عمد أو عن إهمال، أو عن مجرد فعل لا

(١) ص ٨٥٤ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

يقترن بأيهما. ومن ثم تظهر المسؤولية العقابية باعتبارها جزءا لإخفاق المدين في تنفيذ عقد نهائيا صحيحا ملزما. وهي تتحقق بتوافر أركانها.

وليس ثمة ما يحول بين المشرع وأن يقيم مسؤولية جنائية إلى جانبها. فلا يكون اجتماعها معا أمرا عسويا أو مستبعدا، بل متصورا في إطار دائرة بذاتها، هي تلك التي يكون فيها الإخلال بالترام نشأ عن العقد، قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها.

وهو ما يعني أن الدستور لا يتضمن قاعدة كلية أو فرعية تحول دون تدخل المشرع لتأثيم واقعة الانكول عن تنفيذ الترام لم ينشأ مباشرة عن نص القانون، وإنما كان العقد مصدره المباشر، وبشرط أن يكون هذا التأثيم قد حدد بصورة قاطعة أركان الجريمة التي أحدثها المشرع.

ثالثا: أن الحرية للشخصية التي يكتفها الدستور، لا تخول حقا مطلقا لأحد، في أن يتحرر نهائيا في كل الأوضاع أيا كانت ظروفها، وفي كل الأوقات أيا كان زمنها، من القيود عليها. وإنما يجوز كبحها بقيود تتعدد جوانبها، تقتضيها أوضاع الجاعة وضرورة صون مصالحها، وتطلبها كذلك أسس تنظيمها، ودون إخلال بأمن أعضائها.

رابعا: أن العقوبة التي فرضها المشرع على من يخلون -دون مقتضى- بالترامهم بتسليم الوحدة التي باعوها، في الموعد المحدد لتسليمها، لا مخالفة فيها للدستور. ذلك أن الجزء الجنائي يعتبر عقابا ولقما بالضرورة في إطار اجتماعي، منطويا غالبا من خلال قوة الروع على تقييد الحرية الشخصية، ومستندا إلى قيم ومصالح اجتماعية تبرره، كذلك التي تنطبق بحظر التعامل في بعض الأموال تحايلا، بما يقوض الحماية القانونية المقررة لها.

ومرد للتجريم المقرر بالفقرة المطعون عليها<sup>(١)</sup> إلى الضرورة الاجتماعية. فقد أحاط المشرع -من خلال الجزء الجنائي- البيوع التي يكون محلها وحدة سكنية في عتار، بما يكفل

(١) هي الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، التي تنص على أن يعاقب بقوة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الذي يتخلف دون مقتضى، لمن يتسلم الوحدة في الموعد المحدد، فضلا عن إلزامه بأن يسدّد إلى لطرف الآخر مئلي المقدم.

صدق هذه البيوع ويأى بها. فلا يكون هذا التعامل زيفاً لو تربحاً غير مشروع، لتعويض هذه البيوع الأغراض التي يرتجيبها المتبليعون منها، فلا يتوهمها أطرافها على غير حقيقتها.

ويفترض للجزاء الجنائي المقرر بالفقرة المطعون عليها، أن مالكا قد اختار ألا يقوم بتسليم الوحدة التي باعها في الموعد المحدد. ولا تؤثم الفقرة المطعون عليها واقعة تخلفه عن التسليم في ذاتها، بل سلوكا اتصل بها، وكان مؤدياً إليها.

خامساً: أن الجزاء الجنائي لا يكون مخالفاً للمستور، إلا إذا اختلف التعامل بصورة ظاهرة *la disproportion manifeste* بين مدها من جهة، وطبيعة الجريمة التي تعلق بها من جهة ثانية.

سادساً: أن ما تنص عليه المادة ٢٠٦ من القانون المدني من أن الالتزام بنقل حق عيني، يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم، مؤداة أن التزامين يقرعان عن الالتزام الأصلي بنقل الملكية.

أولهما: محافظة بائع العين عليها إلى حين تسليمها.

وثانيهما: تسليمها فعلاً إلى من ابتاعها. ويتمحض التزام الأول عن الالتزام ببذل عناية. أما ثانيهما فهو التزام بتحقيق غاية بذاتها، فلا يعتبر تسليمها قد تم صحيحاً إلا إذا تمكن مشتريها من حيازتها والانتفاع بها دون عائق، ولو لم يستول عليها استيلاء مادياً.

وقد قدر المشرع أن امتناع البائعين للعين دون مقتض عن تسليمها، ليس إلا صورة من صور التكتليس في الأعم من الأحوال، يقارنها انتفاعهم بالأعين التي باعوها، واحتفاظهم بثمنها دون مقابل يعود علي مشتريها منها، وإعادة بيعها أحياناً. فلا يكون التزامهم بالتسليم ناجزاً، بل متراخياً. ومن ثم تدخل المشرع بالجزاء الجنائي لحمل البائعين علي إيفاء تعهداتهم ما استطاعوا، فلا ينطلق الطريق إلى إفلاذها، ولا ينال الجمود مسراها، وعلي الأخص كلما كان شراء العين بقصد استقلالها واستعمالها، ولقعا لأغراض الإسكان.

سابعاً: توخي المشرع بالجزاء الجنائي المقرر بالفقرة المطعون عليها، مواجهة امتناع بائع العين عن تسليمها أو تراخيها في ذلك عن الموعد المحدد. وجعل المشرع يقنص هذا الجزاء مشروطاً بالألا يكون الإخلال بالالتزام بالتسليم ناشئاً عن سبب أجنبي. ولا مخالفة في ذلك للمستور،

ولو غاير النص الجنائي في مجال تطبيقه - بين أحكام المسؤولية الجنائية من جهة و المسؤولية المدنية من جهة ثانية. ذلك أن المسؤولية المدنية تتحقق إذا لم يتم التسليم كاملاً بحيث إذا هلك المبيع أو تلف قبل تسليمه، ولو بسبب لجدي، ظل البائع مسؤولاً.

ولا كذلك المسؤولية الجنائية المقررة بالفقرة المطعون عليها. ذلك أن ما تنهيه المشرع من وراء تقرير هذه المسؤولية، هي أن يرد عن التعامل المشروع في الأعيان التي عاها، أبواباً بنفذ التحايل منها. فإذا انقطع دافره لعذر قام ببائعها، وحال دون تسليمه العين لمشتريها في الموعد المحدد، فإن اعتبره مسئولاً جنائياً عن عدم تسليمها، يكون أمراً محظوراً دستورياً. ذلك أن وقوع جريمة ما، يفترض إرادة ارتكابها<sup>(١)</sup>.

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "مستورية"، تقرر المحكمة الدستورية العليا أن حق من يملكون الأعيان المؤجرة في استغلالها من خلال عقود إيجار يبرمونها في شأنها، مؤداة حريتهم في اختيار من يستأجرونها، وكذلك في تحديد أوجه استعمالها، فلا يغير مستأجروها هذا الاستعمال بإرادتهم المنفردة لتتحول الأماكن التي اتخذوها سكناً إلى أماكن مهية لغير أغراض السكنى بغير موافقة مالكيها، وهو ما يناقض الدستور. ذلك أن حق المستأجر لا زال حفاً شخصياً مقصوراً على استعمال عين بذاتها بما لا يجاوز الفرض من الإجارة.

فلا يمتد إلى سلطة تغيير استعمالها بغير موافقة مالكيها، وبالمخالفة لشرط اتصال بالإجارة - صريحاً كان هذا الشرط أو ضمناً - حكماً جاوز هذا الشرط الحدود المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها، والتي لا تستقيم الحرية الشخصية - في صحيح بنائها - بفواتها<sup>(٢)</sup>.

تلك صور من تدخل المحكمة الدستورية العليا لإنهاء القيود غير المبررة على حرية التعاقد. وهي بذلك ترعي جوهر هذه الحرية، وتقيم دعائمها بما يكفل للإرادة الحرة حركتها في مجالها الطبيعي، فلا يقيد المشرع أو ينال منها، إذ هي الأصل في الحرية للشخصية التي تعتبر إرادة الاختيار من أبرز ملامحها.

(١) أصدرت المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٥٢ لسنة ٢٠ قضائية حكماً على نمط حكمها الصادر في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية. وقد صدر الحكم الثاني في شأن من يجر الوحدة السكنية أكثر من مرة.

(٢) القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "مستورية" جملة ٤ مارس ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٦٠ - ص ٥٠١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

## الكتاب الثاني

### الشرعة الدستورية في الظروف والأوضاع الاستثنائية

#### الفصل الأول

#### الدولة وأزماتها الخطيرة

#### المبحث الأول

طبيعة الأوضاع الاستثنائية في إطار نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٣٣- ويظل أصلاً ثابتاً أن الأوضاع الاستثنائية، قد نبغ وطأتها حد تهديد وجود الدولة ذاتها، أو تعطيل مؤسساتها عن مباشرة وظائفها. ومن شأن هذه الأوضاع -التي تواجهها بعض اللساتير بنصوص خاصة- أن تفرض قيوداً باهظة على حقوق المواطنين وحرياتهم، بقدر حدة هذه الأوضاع وتأثيرها على أكثر المصالح القومية أهمية، وأبلغها اتصالاً بكيان الجماعة وتماسكها وتلاحم قوماتها، أو تكامل أجزاء إقليمها. وهو ما حرص الدستور الفرنسي على تنظيمه بنص المادة ١٦ -التي تقابل نص المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر- ذلك أن نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي يجري بالصيغة الآتية:

"إذا تهددت مؤسسات الجمهورية أو تهدد استقلال الأمة، أو تكامل الإقليم أو تنفيذ التعهدات الدولية، على وجه جسيم وحال، وكان السير المنتظم لسلطاتها العلة الدستورية قد انقطع، جاز لرئيس الجمهورية أن يتخذ بعد التشاور مع رئيس مجلس الوزراء ورئيسي الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، وكذلك المجلس الدستوري- التدابير التي تقتضيها الظروف. ويوجه رئيس الجمهورية بياناً إلى الأمة.

ويتعين أن تصدر هذه التدابير مستوحية إرادة أن تعود المؤسسات الدستورية العامة إلى العمل لتحقيق المهام التي تتولاها في أقرب وقت مستطاع.

ويؤخذ رأى المجلس الدستوري في شأن هذه التدابير. وينتقد البرلمان بقوة القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء مباشرة رئيس الجمهورية لهذه السلطة الاستثنائية".

٥٣٤- تلك هي المادة ١٦ من الدستور الفرنسي التي يراها بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> من إحياء الجنرال ديغول؛ وأنها في حقيقتها مستور داخل الدستور. ولئن صح القول بأن ما نتوخاه، هو ضمان بقاء الدولة إذا واجهتها مخاطر من طبيعة استثنائية، إلا أن صيغتها تقتصر إلى التحديد؛ وإلى ضوابط لا تتحمل التأويل، وإلى صورة واضحة تتكامل بها أجزاؤها، ولا تظهر حقيقة أبعادها إلا من خلال تطبيقها.

ولم تعترض اللجنة الدستورية الاستثنائية على مشروع هذه المادة التي ناقشتها في حضور الجنرال ديغول. وكان غريبا ألا تثير تساؤلا حول حقيقتها كقص يتأبى على مفاهيم دستورية تقليدية اعتنقتها فرنسا دوما، مائة بها رئيس الجمهورية من احتكار مظاهر السلطة في يده، ولو وأجهته أوضاع استثنائية تقارنها مخاطر داهية. ذلك أن صون الدولة من عوارض تهدهدها، وإن كان مطلبا حيويا، إلا أن أفراد رئيس الجمهورية بدفعها من خلال تدابير يتخذها، ينالض طبيعة النظم الديمقراطية، ويقوض بنيانها. إذ يؤول إلى تركيز السلطة بدلا من توزيعها وتفرقها. وفي ذلك خطر كبير على الديمقراطية إذ يجنح بها إلى أعاصير لا تؤمن عواقبها.

ولعل الجنرال ديغول -وقد جاهد بضراوة لتحرير فرنسا من النازية- أراد أن يكرم من جديد ومن خلال نص المادة ١٦ المشار إليها- المفاهيم الشخصية التي آمن بها، والتي تقوم على محور الدولة حول رئيسها أو زعيمها، وتجمعها وراءه باعتباره كافلا استقلالها واستقرارها، ورمز كرامتها الأعلى، وصمام أمنها في مواجهة المخاطر على اختلافها. حتى إذا دهمتها، ظل طودا منتصبا وشامخا يشق لها طريقها من جديد، لتعود إلى مباشرة وظائفها التي عطلتها هذه المخاطر، أو قيدتها.

وكان ضروريا بالتالي أن تصاغ المادة ١٦ من الدستور الفرنسي من خلال مفاهيم إجمالية لا تسعها في كل تطبيقاتها؛ ولا تستغرق صور الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة جميعها، ولا تحيط بكل جوانبها وأقطارها.

ذلك أن أحكامها تصور درجة من المخاطر العريضة في مساسها بأعق المصالح القومية وأكثرها أهمية.

(١) Jean chatelain, la constitution de la Republique Française, 2e édition, Economica, pp. 541-553.

٥٢٥- ومن ثم كان منطقتي تطبيقها اجتماع شرطين فيها:

أولهما: أن تبلغ هذه المخاطر في عنفها وقوتها وقداحتها، حدا يؤكد جسامتها وإضرارها المباشر بمصالح قومية حيوية، فلا يكون أثرها ضئيلا؛ ولا توقعها متصورا، لتظهر خطورتها من زاوية طبيعتها المفاجئة من جهة؛ وتحدّر دفعها بالوسائل القانونية المعتادة من جهة ثانية، بما يجعلها مخاطر وخيمة عواقبها، مثقلة بئذرها وعمق وطأتها.

ثانيهما: أن يكون من أثر هذه المخاطر -في صلتها بالدولة- انقطاع مؤسساتها الدستورية العامة عن مباشرة وظائفها.

وليس شرطا أن تصيبها جميعا بما يعطلها في كل جوانبها، ولا أن تحيط بها بصورة كاملة تمجزا تماما عن العمل.

وأية ذلك أن الثورة التي قام بها فريق من الجيش الفرنسي في الجزائر انقلابا على حكومتها الشرعية، لم تعطل الحكومة القائمة في الوطن الأم، أو تعجزها عن مباشرة وظائفها، ولا أفقدتها القدرة على مجابهة هذه الثورة، ومحققا بالقوة.

بيد أن مجرد الإعلان عن هذه الثورة، وتهديتها على الحكومة الشرعية في الجزائر، كان نذير خطر على الجمهورية يهدد بالقتلح لأسسها، ومحو كيانها. وكان ضروريا بالتالي مواجهتها بوسائل استثنائية تلائمها.

وفي إطار هذين الشرطين، كان منطقيا أن تنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي بما يكفل مرونتها، ويؤكد اتساعا لأوضاع استثنائية يستحيل حصرها، وإن كان لها خطرها. فلا يكون رصد هذه الأوضاع وتكوينها في الدستور، مقيدا أو عمليا أو ممكنا. إذ هي مخاطر من نوع خاص، تتداد عواقبها بما يؤكد ترمليها، واتساع دائرتها، وعمق أثارها وتتابعا، فلا يكون لقتلاع جذورها إلا تعبرا عن رفض القبول بها، وضرورة وألحا في مهادها، أو توقي تقاوم نتائجها.

وإذا كان ديغول قد أخذ ثورة رجال الجيش في الجزائر، وكان قائمتها قد فروا هاربين أو اعتقلوا، وامتلئ من تبعهم من الجند لكلمة القانون، إلا أن ذلك قد تحقق من خلال نص المادة ١٦ من الدستور التي دخل تطبيقها لأول مرة -حيز التنفيذ.

٥٣٦- وقام الدليل بصورة واقعية -ومن خلال هذا التطبيق- على أن من الصعوبة بمكان، تحديد الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة في زمن معين؛ وأن بيان ماهية هذه الأوضاع إنما يتأتى من منظور مفاهيم إجمالية تشي بها، ولا تفصلها، أو تحددها بصورة قاطعة.

ولا كذلك الشروط الشكلية التي أحاط بها الدستور نص المادة ١٦ المشار إليها. ذلك أن الدستور بينها بصورة جلية لا خفاء فيها بما أوجبه على رئيس الجمهورية من أن يستشير - قبل مباشرته لسلطته الاستثنائية المنصوص عليها في هذه المادة -بآراء مخالطها الصيغة السياسية والقانونية.

فالآراء القانونية هي التي يبديها المجلس الدستوري لرئيس الجمهورية في شأن موضوع التدابير التي قرر اتخاذها. وهو يحصل على المعونة السياسية من أهلها الذين يمثلهم رئيس مجلس الوزراء، ورئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. فلا تزيد هذه الآراء السياسية والقانونية عن مجرد مشورة يبديها أصحابها لرئيس الجمهورية في شأن توافر الشروط الموضوعية لإعمال نص المادة ١٦ من الدستور أو تخلفها.

ومن ثم تلزم الشروط الشكلية التي تنحصر أساساً<sup>(١)</sup> في أخذ آراء الأشخاص الذين عينتهم هذه المادة، صورة من صور الرقابة القانونية والسياسية على تقدير رئيس الجمهورية في شأن تحقق الأوضاع الاستثنائية وإمكان التدخل لمواجهةها بتدابير من جنسها.

وتبدو أهمية الرقابة القانونية، في أن المشرع أصدر في ١٩٨٥/١١/٧ قانوناً عضوياً توخى به أن يكون مكملاً لنص المادة ١٦ من الدستور، وذلك بما نص عليه المادة ٣٨ من هذا القانون، من أن الآراء التي يبديها المجلس الدستوري الفرنسي في شأن موضوع التدابير التي يعززم رئيس الجمهورية اتخاذها، يضمن تسيبها ونشرها.

بما يوفر ضماناً جوهرياً غايتها ألا تتفصل هذه التدابير عن موجباتها، وألا تكون شرعيتها الدستورية -حتى في إطار المفاهيم التي تقتضيها الأوضاع الاستثنائية- مشكوكاً في صحتها.

(١) من بين الشروط الشكلية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، أن يوجه رئيس الجمهورية رسالة إلى الأمة.

وإذا كان نص المادة ١٦ من الدستور، قد فرض صورا من الرقابة القانونية والسياسية على رئيس الجمهورية على نحو ما ذكرناه، فإن حكمها قيده كذلك بنوع من الرقابة الشعبية. يتمثل في توجيه رئيس الجمهورية رسالة إلى مواطنيه يبينهم فيها بالأوضاع الاستثنائية التي يعيشها الوطن.

ومن المفترض في رسالته هذه، أن يكون مضمونا محددا -على الأقل- من جهة الخطوط الرئيسية لهذه الأوضاع، وطبيعة المخاطر التي تقارنها، ونوع أو مجمل التدابير التي تتخذ لإنقاذها، وأن يقع ذلك كله بقر كبير من الوضوح.

تلك هي الشروط الشكلية لإعمال نص المادة ١٦ من الدستور من الزوايا السياسية والقانونية والشعبية. ويظل ثابتا أن هذه المادة لا يرتبط نطاق تطبيقها بمفاهيم جامدة؛ ولا بقر نظرية مجردة صاغها أصحابها بعيدا عن الحقائق الواقعية.

ذلك أن الناحية التطبيقية لتلك المادة، هي التي تبين صور اللجوء إليها؛ والضوابط التي ينبغي أن تحكمها؛ وكذلك مظاهر قصورها؛ وعلى الأخص فيما يتعلق بدور البرلمان بعد إعلان رئيس الجمهورية عن قيام أوضاع استثنائية خطيرة في أقاليمها، وهو ما نعالجه تباعا في المباحث الآتية:

للمبحث الثانيقصور الجوانب الفنية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٣٧- يتخذ قصور المادة ١٦ من الدستور الفرنسي في جوانبها الفنية- مظاهر ثلاثة؛ يتعلق أولها بكيفية إنفاذ حكمها؛ وثانيها بمضمون التدابير التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يتخذها بمناسبة تطبيقها؛ وثالثها بزمان بقاء هذه التدابير بعد انتهاء الأوضاع الاستثنائية التي تطلبها.

المطلب الأولكيفية إنفاذ حكمها

٥٣٨- يأتي تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي في إطار مفهوم عام يعطى لرئيس الجمهورية مركزاً حيوياً في الدولة.

وهو مفهوم يبلوره كذلك نص المادة (٥) من هذا الدستور التي تجعل لرئيس الجمهورية أمينا على احترام الدستور؛ كافلة للدولة استمرارها، وحكما بين سلطاتها لضمان انتظامها؛ وحارها لاستقلالها، يصون تكامل إقليمها، ويعمل على تنفيذ تعهداتها الدولية.

وهذا المركز الخاص لرئيس الجمهورية، هو ما ترده الأفكار التي تقوم عليها المادة ١٦ من الدستور، والتي تنقسم بتركيز سلطة استثنائية خطيرة لأعباءها في يد رئيس الجمهورية، وكذلك بموضوعها في شأن ضوابط الأوضاع الاستثنائية التي تحقق بالدولة وتسوغ تطبيقها. فضلا عن تجهيلها بمظاهر لقطاع مؤسساتها عن السير المنتظم.

ويزداد الأمر غموضا من ناحيتين:

أولاهما: أن الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة وتدهمها لتحيط بها، فلما يكون توقعها ممكنا، سواء في نذرها أو في مجال الدائرة التي تمتد إليها آثارها، وعلى الأخص بعد تطور المخاطر في حداثها، وتتعد الوسائل العلمية التي تقضى إليها، وإمكان وقوعها دون بصير بمقدماتها، لا سيما بعد تطور الطاقة النووية؛ وتزايد فرص استخدامها في الأعمال الحربية أو الانتقامية؛ وإمكان شراء بعض الدول لها بالمال؛ ولتساع مفهوم الجريمة في أشكالها المنظمة،

ونظمها السرية، وضرباتها المفاجئة في إطار خطط أحكم تدبيرها مع تحذر السيطرة عليها بالنظر إلى خفائها.

وصار ثابتاً -علي ضوء ما تقدم- أن التنبؤ بكل صور المخاطر، يكاد أن يكون أمراً مستحيلاً، وأنه حتى مع توافر بعض النذر التي تعتبر من إرهابيتها، إلا أن تشخيصها ووقفاً على كامل أبعادها، كثيراً ما يكون وهماً.

ثانيتهما: أن نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، يثير من ناحية أخرى صعوبة تتعلق بالشروط الموضوعية لتطبيقها.

ذلك أن المخاطر التي تعرض للدولة، قد لا تصل جسامتها إلى حد تعويق مؤسساتها عن مباشرة وظائفها.

ومن ثم حرص الدستور الفرنسي على أن يعتبر انقطاع مؤسساتها هذه عن السير المنتظم محدداً على ضوء خصائص نشاطها، شرطاً مضافاً إلى شرط حدة المخاطر التي تحيط بالدولة وتهدد استقرارها، فلا تقوم الأوضاع الاستثنائية التي تبرر تدخل رئيس الجمهورية لمواجهتها إلا باجتماع هذين الشرطين.

بيد أن نص المادة ١٦ من الدستور خلا من كل تحديد لمفهوم انقطاع المهام التي تقوم الدولة عليها من خلال سلطاتها الدستورية، وإن تعين القول بأن هذا الانقطاع، ولو لم يكن كلفاً، إلا أن تدخل رئيس الجمهورية لمواجهته يظل مبرراً، كلما نجم عن عوارض خطيرة في نوعها وأثارها إذا كان لا يستطاع توقعها، وكان لها من وطأتها وغلوها، ما يجعل التدخل بالوسائل القانونية المعتادة لإزالتها، عقيماً.

وتظل الشروط الشكلية التي فرضها نص المادة ١٦ من الدستور كتقييد على مباشرة رئيس الجمهورية لمسلطاته الاستثنائية، أكثر شروط تطبيق هذه المادة وضوحاً وأقطعها في بيان متطلباتها.

بيد أن هذه الشروط ذاتها التي أحكم الدستور صياغتها ليحدد دلالتها تحديداً جازماً، يعيها أن جمودها يفترض بالضرورة أن تتوافر جميعها قبل أن يقبض رئيس الجمهورية بيده على أكثر

مظاهر السلطة خطيرة، وأصعقتها أثرا في حياة المواطنين وحرياتهم. وهو افتراض قلما يتحقق على الأخص في حالات الغزو الخارجي أو المصيان الداخلي إذا كان من شأنهما اعتقال رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ مثلا، أو افتتاح المجلس الدستوري بما يعطل مباشرته لوظائفه جميعها، فلا تكون الشروط الشكلية التي تطلبها المادة ١٦ من الدستور، إلا مجافية لحقيقة بعض الأوضاع الواقعية، وحالا دون مرونة مواجهتها بالتدابير اللازمة.

### المطلب الثاني

حقيقة التدابير التي يجوز اتخاذها على ضوء نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

بحيث بهذه التدابير أئدنا:

٥٣٩- أولها: قيد موضوعي موداه، أن تصدر التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في مجال تطبيقه لنص المادة ١٦ المشار إليها، عن إرادة توفير الوسائل الكافية التي تعود بها كل سلطة دستورية -دون ما إبطاء- إلى مباشرة وظائفها<sup>(١)</sup>. وهذا الغرض المخصص، هو ما يتعين أن تتواءم تلك التدابير، فلا تعمل لتحقيق مواء، وإلا كان ذلك انحرافا من رئيس الجمهورية عن حدود سلطاته الاستثنائية المنصوص عليها في المادة ١٦ من الدستور. وهي حدود تتحصر في إعادة النظام إلى الدولة من زلوية دستورية. ولا تخول رئيس الجمهورية بالتالي تعديل الدستور لنقلها على أحكامه<sup>(٢)</sup>.

(١) يلاحظ أن الانقلاب الذي وقع في الجزائر من قبل فريق من الجيش الفرنسي، لم يستمر أكثر من أربعة أيام، وفي السادس والعشرين من أبريل ١٩٦١ استعادت الحكومة الشرعية سلطتها بعد أن ألغيت حولها أغلبية الشعب الفرنسي، وقطاع كبير من الجيش. ومع أن الحرب في الجزائر لم تكن قد انتهت بعد، إلا أن العودة إلى الشرعية الدستورية هي التي مكنت الشعب الفرنسي من التكتل حول الجمهورية الخامسة، ولقد فوض الشعب -من خلال استفتاء علم- الرئيس ديغول في اتخاذ التدابير الملزمة لضمان حق تقرير المصير للجزائريين.

(٢) يقول الأستاذ وجدي ثابت غبريال في ص ٧٤ من رسالة الدكتوراه التي أعدها حول موضوع سلطات رئيس الجمهورية طبقا لنص المادة ٧٤ من الدستور والرقابة القضائية عليها، بأن من غير المنطقي أن يقتن الدستور نظرية نسورية ينتهي إصعاقها إلى المساس بأحكامه حيث لا يسوغ أن تمحو أحكام الدستور بعضها بعضا ولا أن تتناقض.

والذين يقولون بجواز تعديل رئيس الجمهورية للدستور تأسيساً على ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضيتة<sup>(١)</sup> Heyrics من أن اختصاص رئيس الجمهورية بتنفيذ القوانين، يفيد إمكان الامتناع عن تطبيقها - سخطون - ذلك أن تنفيذ رئيس الجمهورية للقوانين بما ليس فيه تعديل لها أو إعفاء من تطبيقها، يعتبر واجباً دستورياً لا ترخص فيه. وليس الامتناع عن تطبيق القانون إلا إدارياً ملجأً لأحكامه، لا يقل سوءاً عن مخالفتها بالخروج عليها. ولا يجوز بالتالي أن يعزل رئيس الجمهورية للقضاء الذين كفل الدستور حصولتهم، ولو بادعاء تمردهم على الدولة وحضهم على عصيانها. ذلك أن تلاميهم لا يجوز أن يقع إلا وفقاً للدستور والقانون.

ثانيهما: قيد شكلي مؤداه، أن كل إجراء يتخذه رئيس الجمهورية إعمالاً لنص المادة ١٦ من الدستور، يعتبر قراراً ينشر في الجريدة الرسمية لضمان اتصال الكافة بمضمونه وتعريفهم بنحوه.

وليس بشرط أن يوقع على هذا القرار إلى جوار توقيع رئيس الجمهورية - رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المسؤولين - كل فيما يخصه Contresigner.

ذلك أن المادة ١٩ من الدستور تقضى بأنه فيما عدا أعمال رئيس الجمهورية الصادرة وفقاً لأحكام المواد ٨ / ١، ١١، ١٢، ١٦، ١٨، ٥٤، ٥٦، ٦١ من الدستور، يوقع رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المسؤولين عند الاقتضاء، على كل قرار يتخذه رئيس الجمهورية.

ودلالة هذا الاستثناء، أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية إعمالاً لنص المادة ١٦، لا تحتمل التأخير بطبيعتها بالنظر إلى الأوضاع التي تلازمها. فإذا عرضها رئيس الجمهورية على رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المختصين، وتريض توقيعهم عليها، زال عنصر المفاجأة عنها، فلا يكون وقعها مؤثراً في إجهاض المخاطر التي أفرزتها الأوضاع الداهية التي تحيط بالدولة، وتهدد بتقويض سلطاتها الدستورية.

ولو أن المتأولين للدولة، أدركو التدابير التي قرر رئيس الجمهورية اتخاذها، قبل سريان مفعولها، لربما تحوطوا نوقياً لأثارها، بما يجردهما من كل فائدة عملية يرتجيبها رئيس الجمهورية منها.

(١) صدر حكم المجلس في ٢٨ يونيو ١٩١٨.

كذلك فإن استثناء هذه التدابير من الأصل المقرر بنص المادة ١٩ من الدستور، مؤداه إطلاقتها من القيود التي تنافى طبيعتها، أو تعطل الأغراض المقصودة منها، والتي لا يندرج تحتها استشارة المجلس الدستوري في شأن موضوع هذه التدابير<sup>(١)</sup> Consulté ou sujet des mesures prises.

### المطلب الثالث

#### زمن بقاء الأوضاع الاستثنائية أو التدابير التي تنصل بها

٥٤- يقدر رئيس الجمهورية -في نطاق سلطته التقديرية، وحدود سلطته السياسية- تحقق الأوضاع الاستثنائية أو تخلفها، ويحدد كذلك نوع التدابير التي يجوز أن يتخذها لمواجهتها. ذلك أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ١٦ من الدستور، استثنائية بطبيعتها. وهو يترخص في مباشرتها. لإنهاء أوضاع خطيرة قدر عواقبها. ويفترض عقلاً بقاء هذه الأوضاع إلى أن يقرر رئيس الجمهورية زوالها.

ولا كذلك ما يتخذه رئيس الجمهورية من التدابير التي قدر ضرورتها لمواجهة مخاطر قائمة وعاصفة من شأنها تهديد الدولة في عناصر وجودها، وأخصها مؤسساتها التي لا يجوز تعطيل وظائفها.

ذلك أن الذين يذهبون إلى سقوط هذه التدابير، وزوال كل أثر لها بمجرد إعلان رئيس الجمهورية عن إنهاء الأوضاع الاستثنائية التي اقتضتها، لا يميزون بين ما يكون من هذه التدابير فردياً، وما يتخذ منها صورة القواعد القانونية. إذ يسقطونها في كل أشكالها سواء أكان نوعها- تبعاً لزوال الضرورة التي قارنتها.

ووجهة النظر هذه يعيها، أن التدابير الفردية تتعلق في الأعم من تطبيقاتها بأشخاص بذواتهم كان لهم دور في التحريض على العصيان أو تكبيره، أو في تعطيل للسلطة الدستورية في الدولة، سواء بالقوة أو بالتهديد باستعمالها، بما يمنحها من مباشرة وظائفها. ومن ثم كان منطقياً أن تبقى هذه التدابير-للشخصية في طبيعتها وخصائصها- حتى بعد انتهاء للمخاطر، كجزاء على أفعال قارفها مرتكبوها. شأنها في ذلك شأن التدابير الفردية التي تصدر في مجال تطبيق القاعدة

(١) يصدر رئيس الجمهورية ديباجة كل تدبير بالعبارة الآتية le conseil constitutionnel consulté أو le conseil constitutionnel entendu دون أن يعرف لحد كنه الخلاف بين هذا التعبير أو ذلك.

القانونية على المخاطبين بها، إذ تظل هذه للتكبير محمولة على صحتها حتى بعد تعديل هذه القاعدة أو محوها.

فإذا لم يكن التكبير فرديا، بل كان في شكل قاعدة قانونية مجردة، فإن افتراض بقاءه بعد زوال هذه المخاطر، يكون عملا مخالفا للقانون أو الدستور. إذ الضرورة تقدر بقدرها؛ ولأن كل سلطة استثنائية ينبغي حصرها في حدود الأغراض المقصودة منها.

ويفترض في القواعد القانونية التي يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة مخاطر بذواتها، أنها تدابير تقتضيها الضرورة التي أملتها. فإن لم يعد لهذه المخاطر من وجود، دل ذلك على استنفاد هذه القواعد لأغراضها<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر في ذلك من ٩٤٥ من المعلقة التي نشرها Jean Chatelain في الطبعة الثانية من مؤلفه وعنوانه

. La Constitution de la republic francaise

### المبحث الثالث

#### دور البرلمان إبان تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٤١- وحتى يقبض رئيس الجمهورية بيده على كل مظاهر السلطة التي يتحول بها في الأعم من الأحوال طاعيا مستبدا بالمعنى الحرفي للطغيان، حرص الدستور على تأكيد أهمية وجود البرلمان لثناء مواجهة الدولة لأوضاع استثنائية تصيبها في جوهر مقوماتها، وأخص وظائفها، وتحيطها بأعق أزماتها، وأكثرها حدة.

وقد حقق الدستور مقصده في ذلك من خلال شرطين نابعين من نص المادة ١٦ التي أبرز الدستور بها معنيين لا يجوز التفريط فيهما:

أولهما: أن البرلمان يتعين أن يتخذ بقوة القانون.

ثانيهما: أن الجمعية الوطنية لا يجوز حلها لثناء قيام هذه الأوضاع الاستثنائية.

وقد توخى الدستور من هذين الشرطين ردع السلطة التنفيذية، وحملها على التقيد بالحدود التي ضبط بها ولايتها الاستثنائية، حتى لا تتسلط من خلالها على حقوق المواطنين وحرياتهم، بما يبددها أو يرهقها بصورة خطيرة.

ولتحقيق هذا الغرض، عطل الدستور سلطة رئيس الجمهورية في حل الجمعية الوطنية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من مادته الثانية عشرة. وجعل انعقاد البرلمان واجبا دستوريا، حتى يبصر الأوضاع الاستثنائية بمخاطرها الملتبهاة، ويناقشها ثم يقدم الحلول التي يستصوبها لمواجهتها، وإن ظل لرئيس الجمهورية وحده أن يتخذ ما يراه من التدابير التي يستتبعها لمواجهة هذه الأوضاع.

إذ لو زاحمه البرلمان فيها، أو استقل بها، لعطل ذلك السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور. فضلا عن أن الأصل في السلطة، أن يباشرها من فوضه الدستور فيها، مستهديا في ذلك بما يراه مفيدا من الآراء، وكذلك بكل اقتراح يعينه عليها. ولو جاز القول بوصاية يفرضها البرلمان على التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور ليقرر جدواها أو ملاءمتها، لحل محل رئيس الجمهورية فيما يراه ضروريا

منها<sup>(١)</sup> وقد يكون ذلك مدخلا لصراع عميق بينهما، بما يضر بالمصالح القومية في أعرق توجهاتها.

ذلك أن التعاون على المخاطر لردّها على أعقابها، أولى من تعطيل السلطة الاستثنائية التي أخص الدستور بها رئيس الجمهورية وحده، والتي ما أفردّه بتحملها، إلا على تقدير أن يبدّه -دون غيره- أفضل الوسائل التي يرد بها مخاطر قائمة ويجهضها.

وقد حدد الدستور الفرنسي -نص المادة ١٦- أمرين يتعين للتوفيق بينهما:

أولهما: اختصاص رئيس الجمهورية بمواجهة أوضاع استثنائية لها مخاطرها المقطوع بها، وعواقبها التي لا يستهان بها<sup>(٢)</sup>.

وثانيهما: ضرورة دعوة البرلمان إلى الاتحاد، واستئاع حل الجمعية الوطنية أثناء قيام هذه المخاطر.

والأمران كلاهما واجبان بحكم الدستور. فلا يعطل البرلمان اختصاص رئيس الجمهورية؛ ولا يكون وجود البرلمان إجراء رمزيا عقيم للفائدة.

والتوفيق بين الأمرين مقتضاه، أن يعاون البرلمان رئيس الجمهورية، لا أن يهاجمه في النهوض بالمسئولية الخطيرة التي يتحملها وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور. وهي معاملة تتعدد

(١) في الرسالة التي وجهها الرئيس دجول إلى مجلسي البرلمان بتاريخ ٢٥ أبريل ١٩٦٦ ذكر رئيس الجمهورية أنه في مواجهة الظروف الحالية -ويقصد بها تمرد وحدات من الجيش الفرنسي الموجود في الجزائر- فإن وضع نص المادة ١٦ من الدستور موضع التطبيق لن يؤثر على نشاط البرلمان، ولا على مباشرته لسلطته في التشريع والرقابة، وأنه انطلاقا من ذلك، تظل قائمة العلاقة بين البرلمان والحكومة تحت عدم تعطيلها بالتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية تطبيقا لنص المادة ١٦ من الدستور.

.....De ce fait, les rapports du gouvernement et du parlement, doivent fonctionner dans les conditions normales pour autant qu' il ne s'agisse pas des mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16.

(٢) رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للتقوّات المسلحة، وهو يرأس المجالس واللجان العليا للدفاع عن الوطن (مادة ١٥ من الدستور) وهو يعين الموظفين المدنيين والعسكريين وممثلي الحكومة في الأراضي الواقعة فيما وراء البحار (مادة ١٣ من الدستور). وعملا بنص المادة ١٨ من الدستور يتصل رئيس الجمهورية بمجلسي البرلمان من خلال رسائل يوجهها لهما.

أشكالها، ويندرج في إطار صورها، أن يعمل البرلمان إلى جانبه، داعماً إياه بكل الوسائل التي يملكها، ومن بينها الحقائق التي يقدمها إلى رئيس الجمهورية كي يتخذ علي ضوءها، أكثر التدابير مناسبة للكرضاع القائمة.

فلا يكون البرلمان إلا الواجهة للخلفية لرئيس الجمهورية، لا لينفرد بالسلطة -استقطاباً لها وتسلطاً عليها أو بها- وإنما ليبيئها في حدود آمنة لا تخل بقوة الردع في مواجهة هؤلاء الذين يعمدون إلى الإضرار باستقلال الدولة؛ أو الانتقاص من تكامل إقليمها؛ أو الانتقاض على وحدة شعبها؛ أو الإخلال بتعهداتها الدولية؛ وبما يحق مطلقاتها الدستورية عن العمل في صورة منتظمة<sup>(١)</sup>.

(١) Jean Chatelain, Professeur émirite à la université de Paris(1), in la constitution de la republique française (analyses et commentaires) 2e édition, pp. 541-553; Georges Berlia, le contrôle du recours à l'article 16et de son application, Revue de Droit Public, 1962, p. 288; George Morange, le contrôle des decisions prise au titre de l'article 16, Dalloz, 1962, Chronique XV111, p. 109; la documentation française, textes et documents sur la pratique institutionnelle de la ve republic, pp.113et à 120; Avis et debats du comité consultatif constitutionnel (travaux préparations de la Constitution) la documentation Française, 1960).

### المبحث الرابع

#### تقييم نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

#### من جهة فائدتها ومخاطر تطبيقها

٥٤٢- لا شبهة في أن تأسيس سلطة رئيس الجمهورية في موضوع معين على نص في الدستور، أفضل من ممارستها بغير نص.

كذلك فإن مجازة رئيس الجمهورية حدود ولايته التي بين الدستور تخومها، وإن دل على اغتصابه السلطة وانتزاعها بغير حق؛ فإن وجود نص في الدستور يحدد أغراضا بذواتها يلتزمها رئيس الجمهورية في مباشرته لسلطاته الاستثنائية وفقا لحكم المادة ١٦ المشار إليها، موداه ضرورة تقيده في ممارستها بهذه الأغراض عينها. فإن جاوزها رئيس الجمهورية، كان ذلك انحرافا بالسلطة عن أهدافها.

ولا جرم في أن لنص المادة ١٦ من الدستور فائدة عملية من ناحيتين:

أولاهما: أنها تكفل لرئيس الجمهورية للتدخل بالتدابير الملائمة، لإجهاض فتنة قبل استفحال دائرتها، ولتوقيفها في أسبابها وسطحها بعد البصر بعواقبها.

ثانيهما: أنها تكفل تكفل المواطنين حول الشرعية الدستورية التي يعتبر رئيس الجمهورية رمزا لها. فلا يتصلون من التدابير التي يتخذها لدعمها، ولا يقعون بالجهود التي يبذلونها عن واجبهم في محق كل عدوان على هذه الشرعية.

بيد أن لنص المادة ١٦ من الدستور خطاياها، وأبرزها تجميعها كل مظاهر السلطة الاستثنائية في يد رئيس الجمهورية من خلال تدابير قمعية أو وقائية في طبيعتها؛ بعيدة في مداها من جهة نطاقها؛ خطيرة في آثارها من ناحية مساسها بحقوق المواطنين وحررياتهم بصورة جوهرية.

وكثيرا ما تنقد هذه التدابير تناسبا مع نوع وحدة المخاطر التي تقابلها وتولجها.

وقد يصور رئيس الجمهورية -ومن أجل الإقناع بالتدابير التي ارتأها- الأوضاع القائمة على غير حقيقتها، وبما يكفل تزييفها تشويها لها.

وقد يعتمد رئيس الجمهورية بمفاهيم الردع التي لا تقتضيها الضرورة، فلا تكون التدابير التي اتخذها غير خطوة دراماتيكية لا محل لها.

وقد يعتمد رئيس الجمهورية من خلال تدابير قاسية يتخذها، إلى تأكيد سلطته حتى يتمحور الدولة بكل سلطاتها وتوجهاتها من حوله، فلا تتصاع أجهزتها لغير أوامره لتلقاها صاغرة، بما يجعل استكلفتها حلقة في ديكتاتورية بغضه لا مكان فيها للتحدية بكل أشكالها وقيمتها.

وإذا كان الأصل في التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في نطاق المادة ١٦ من الدستور، ألا توجهها العوامل الشخصية، فإن المصالح الضيقة لا يجوز كذلك أن تكون باعثها.

وما نراه في نص المادة ١٦ من الدستور، وما يقابلها من النصوص في الدساتير الأخرى كنص المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر العربية، أن من يباشرون السلطة الاستثنائية التي تخولهم إياها هذه النصوص، قد ينحرفون بها عن أهدافها الرئيسية، فلا يلتزمون في مباشرتها بحدود هذه السلطة، وإنما يعبرون من خلالها عن إرادة القهر والطغيان التي لا تفتح بها للشرعية الدستورية طرائقها ومناهجها، وإنما تتلقق أبوابها، وربما بصورة نهائية وكاملة.

فالسلطة حدها السلطة التي تقابلها. وهي في مقابلتها لها توترتها وتقوم اتجاهها وتردها إلى صوابها.

والذين يقولون بالعصمة من الخطأ في كل رئيس للجمهورية، يفترضون كمال النفس الإنسانية، واستواءها دوماً على الحق، وهو افتراض تنقضه الحقائق التاريخية.

وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ تدابير لا تتحمل التأخير، ولها من الحسم ما يؤكد فعاليتها، فإن سلطاته هذه لا يجوز بالضرورة أن يقيمها نص عريض في معانيه، مفترط إلى أبعاده، كنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي.

ولئن جاز القول بأن الأغراض التي تتوخاها هذه المادة لها من نبلها ومسؤولها ما يحطها قياداً على السلطة الاستثنائية التي يباشرها رئيس الجمهورية لتحقيقها، إلا أن مجرد تركيز هذه السلطة في يد رئيس الجمهورية، يثير شهوة تحريفها للخروج بها عن أهدافها.

كذلك فإن مجرد إبطال تلك المادة برأسها فيما بين نصوص الدستور، يولد الانطباع بالأهمية البالغة لمركز رئيس الجمهورية باعتباره نقطة الارتكاز في الدولة، وبواسطة عقدها، وبصورة اهتماماتها، ومعقد كل أمر يتصل بها.

فلا تكون غير إغواء بمزيد من السلطة يطالبها رئيس الجمهورية ويستحوذ عليها، ليظهر نص المادة ١٦ من الدستور -ومن خلال تطبيقه- باعتباره مرتبطا بالأوضاع الاستثنائية برابطة مصطنعة لا حقيقية.

ومن ثم تلقى هذه المادة ظلالتها حتى في الأوضاع الطبيعية التي لا تخالطها مخاطر أيًا كان نوعها. وبها يكون رئيس الجمهورية شبيها بالقلاع التي يتخذ لفتحها. يؤيد ذلك، ما وقع من تمرد من بعض فرق الجيش القرمي في الجزائر. فقد أدى هذا التمرد من قدر رئيس الجمهورية بعد أن واجهه بنص المادة ١٦ من الدستور التي أفاد رئيس الجمهورية من تطبيقها في تأكيد سلطته أكثر من إسهامها في إخماع التمرد، ورد الأمور إلى نصابها. ذلك أن هذا التمرد كان خائبا، مفقرا إلى أغلبية شعبية تؤازره، وإلى قوة كافية تؤيده.

وكان، منطقيا بالتالي أن يصير منتهيا بعد فترة لا تزيد عن أربعة أيام من وقوعه.

ولعل أسوأ مضار المادة ١٦ من الدستور، أنها لا تمهد فقط للسلطة الشخصية، أو تسهل إغراءاتها، أو توفّر أسبابها، ولكنها كذلك تكرسها وتحيلها نمطا ثابتا للحياة اليومية، ونهجا مضطورا في بناء مراكز للقوة لا يحميها الدستور؛ وإنما يعصم بها رئيس الجمهورية ليجد في كفها الوسائل الكافية لإنهاء كل صراع داخلي بين سلطتين سياسيتين، ولو كان هو إحداهما.

وإذا جاز لرئيس الجمهورية أن يباشر في إطار نص المادة ١٦ من الدستور سلطة عريضة في إنشاءها، مترامية في أبعادها، خطيرة في نتائجها، عميقة في حصادها. فذلك بافتراض استخدامها في الأغراض التي رصدها الدستور عليها.

وليس لرئيس الجمهورية بالتالي، أن يتخذ من مجرد تكوينها في الدستور، مبررا لسيجها إلى أوضاع لا تسعها، وليس لها شيء من خصائص الضرورة الملجئة ومتطلباتها القاهرة؛ كحل أزمة سياسية داخلية تتكفل الوسائل القانونية للمعادة بفضها.

ولئن قيل قديما بأنه كلما كان الناس أكثر تمليحا، كلما كانوا أقل ميلا إلى استخدام أسلحتهم.

Plus les hommes sont armés, est moins qu'ils sont tentés d'user leur armes. إلا أن هذا

القول لا يستقيم في إطار نظم ديموقراطية تقوم في جوهرها على الحوار، والتفاهم، وقوة الإقناع

بالكلمة، فلا يفرض أحد على غيره إرادة من أعلى، ولو توهم صدارتها.

المبحث الخامسنص المادة ٧٤ من الدستور المصري وصلتهابقيم الشرعية في مدارجها العليا

٥٤٣- تنص المادة ٧٤ من هذا الدستور، على أنه إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية، أو سلامة الوطن، أو يحوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري، كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياناً إلى الشعب. ويجرى الاستفتاء على ما اتخذته من إجراءات خلال ستين يوماً من تاريخ اتخاذها.

وظاهر من نص هذه المادة، أنها مستوحاة من المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، إذ هي الوجه المقابل لها في دستور مصر. وهي بذلك تطرح عيوبها، وأهمها اتساع عبارتها وتميعها، وعموض صياغتها وتعدد تأويلاتها، وعلى الأكل من جهة نوع ونطاق المخاطر التي يتدخل رئيس الجمهورية بمناسبتها، لاتخاذ التدابير التي يملكها وفقاً لنص المادة ٧٤ المشار إليها.

٥٤٤- ولعل أبرز مبرراتها:

أولاً: أن حكمها لا يقيد رئيس الجمهورية بأخذ رأى جهة سياسية أو قانونية -إيا كان موقعها- فيما يراه من التدابير قبل اتخاذها. وهي لا تعطي المحكمة الدستورية العليا -على الأخص- دوراً استشارياً في شأن هذه التدابير قبل تطبيقها، وإن كان لها بطبيعة الحال أن تفصل في دستورها بعد صدورها إذا كان لها شكل القواعد القانونية.

ثانياً: كذلك ليس في نص المادة ٧٤ ما يكفل انعقاد السلطة التشريعية بقوة القانون، ولا ما يمنع رئيس الجمهورية من حلها إنهاء لوجودها إبان مباشرته لسلطاته الاستثنائية التي يؤسسها على نص المادة ٧٤ المشار إليها.

وهي بذلك سلطة عريضة في اتساعها، مترامية في أبعادها، عميقة أغوارها، خطيرة قسماً آثارها.

ولا يعتبر الاستفتاء المنصوص عليه في المادة ٧٤ من الدستور قيداً حقيقياً عليها.

ذلك أن نص هذه المادة، وإن ألزم رئيس الجمهورية بعرض التدابير التى اتخذها على المواطنين لاستفتاءهم في القبول بها أو برفضها، إلا أن الاستفتاء في الدول النامية، كان دائما تعبيرا هوائيا عن إرادة المواطنين الذين يعطون أصواتهم للتدابير التى يرفضها عليهم رئيس الجمهورية بغير بيان كامل يحيطهم بحقيقة مضمونها؛ ونطاق الآثار القانونية التى ترتبها وتؤثر في أنماط حياتهم.

فلا يكون قبولهم بها بعد إدراكهم لحقيقتها، مما يثير شكوكا جوهرية حول حقيقة رضائهم عنها.

ثالثا: أن نص المادة ٧٤ من الدستور لا يخول رئيس الجمهورية التدخل بالتدابير الاستثنائية لمواجهة أية مخاطر من شأنها الإخلال بتعهداتها الدولية -ولو كان من بينها ما يتصل بحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية- والتى ما توحى للتصديق عليها، أو الانضمام لها ونشرها في الجريدة الرسمية، غير تطبيقها في النطاق الداخلى.

كذلك فإن من صور التعاهد الدولي ما يتعلق بالعلاق بين مصر وغيرها من الدول، فلا يكون الذكول عن تنفيذ المعاهدة أو وقفها بصفة مؤقتة أو إلغاؤها بعمل منفرد غير تقرير لمسئوليتها قبل الدول أطرافها.

وقد يثير الإخلال بصور التعاهد هذه، أشكالا من الصراع بين مصر وغيرها من الدول، فلا يكون توقيها بكل الوسائل، غير ضرورة يقتضيها ضمان استقلال مصر وتكامل إقليمها.

رابعا: أن نص المادة ٧٤ من الدستور يجيز التدخل بالتدابير الاستثنائية كلما قام خطر يهدد الدولة سواء تعلق بالوحدة الوطنية لشعبها، أو بسلامتها أو بتحقيق مؤسساتها عن أداء دورها المقرر دستوريا.

بما مؤده من ناحية جواز التدخل بالتدابير الاستثنائية لمواجهة كل خطر أيا كان مداه، ولو لم يكن هذا الخطر جسيما ومباشرا؛ وهما شرطان تطلبتهما المادة ١٦ من الدستور للفرنسى فى مجال تحديدها لنوع المخاطر التى تستتض تطبيقها.

وكذلك فإن مفاد نص المادة ٧٤ من دستور مصر، أن كل خطر يتعلق بالوحدة الوطنية، أو بسلامة الوطن، يعتبر كافياً لاتخاذ التدابير الاستثنائية لمواجهته، ولو لم يكن من شأن هذا الخطر انقطاع السير المنتظم لسلطاتها الدستورية-وهو ما يناقض نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي التي لا تنكفي في تطبيقها بوقوع مخاطر جسيمة ومباشرة يتهدد بها استقلال الجمهورية أو تكامل إقليمها أو تنفيذها لمتعهداتها الدولية، بل يتعين كذلك -وكشرط إضافي- أن يكون هذا التهديد، مؤدياً إلى انقطاع السير المنتظم لسلطاتها الدستورية.

خامساً: أنه بينما حرص نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي على أن يحدد الأغراض التي لا يجوز أن تميل عنها للتدبير الاستثنائية التي يتخذها رئيس الجمهورية، فحصرها في تلك التي تعود بها كل سلطة دستورية عامة -ودون ما إبطاء- إلى مباشرة وظلقتها؛ فإن نص المادة ٧٤ من دستور مصر خلا من كل تحديد للأغراض النهائية التي يتعين أن يلتزمها رئيس الجمهورية في مباشرته لسلطته الاستثنائية المقررة بموجبها.

سادساً: وأياً ما كان الأمر، فإن السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور، لا مقابل لها في الدساتير السابقة على دستور ١٩٧١، وإن كانت تمثل في إطار الحقوق العريضة التي خولها هذا الدستور لرئيس الجمهورية، والتي يندرج تحتها نص المادة ٧٣ من الدستور -التي تمهد للمادة التي تلتها- فيما تقرر من أن رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية، وأنه مسئول عن السهر على تأكيد سيادة شعبها، وحماية وحدته الوطنية، والعمل على احترام الدستور وسيادة القانون.

ومن ثم تعمل هاتان المادتان في إطار منظومة متكاملة غايتها تعظيم دور رئيس الجمهورية، باعتباره محور الدولة برأسها، ويحفظ كيانها ويصون وحدتها، في إطار من الدستور وسيادة القانون.

سابعاً: وفي إطار نص مهمل كنص المادة ٧٤ من الدستور، يتعين أن يرتبط تطبيقه بعدد من الضوابط أهمها:

١. أن المخاطر التي تستهض تطبيقها، يتعين أن تكون جسيمة في نوعها، عريضة في آثارها، فلا ينتحلها رئيس الجمهورية أو يتوهمها.

٢. أن لجوء رئيس الجمهورية إلى سلطته الاستثنائية لرد هذه المخاطر، يفترض أن تقصو الوسائل القانونية المعتادة عن مواجهتها.

٣. يتعين أن تكون التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور، ملجئة في دواعيها موقوتة في زمنها؛ مقيدة بالأغراض التي تستهدفها؛ وقائمة على المفاضلة بين صونها لحقوق الأفراد وحرياتهم. فلا تصدر هذه التدابير عن الأهواء الشخصية، ولا تتمحض إسرافاً في اللجوء إلى القوة من خلال تدابير قمعية لا ضرورة لها.

٤. يتعين النظر إلى المخاطر التي يتدخل رئيس الجمهورية لمواجهتها بالتدابير التي يتخذها، على أنها من طبيعة استثنائية مردها إلى جسامتها، وتعذر للتحوط لها قبل طروئها.

ولا كذلك ما يكون مألوفاً من المخاطر، ولا ما يكون وقوعها تخيلاً أو تجسماً لها. وتبطل بالتالي التدابير التي يتوكل بها رئيس الجمهورية، مواجهة مخاطر لا تزيد فرص تحققها على مجرد الاحتمال. وإنما يتعين للتقن من قيام هذه المخاطر بما يؤكد أو يرحح وقوعها، ويظهرها في ثوبها الحقيقي كمخاطر داهية تؤثر بصورة صيفة في الأوضاع القائمة، كصراع مرير بين فرق من الجيش، أو نزاع عريض فيما بين المواطنين يتصل بعقائدهم الدينية بما يهدد الوحدة الوطنية.

٥. لا يجوز أن تنفصل التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية، عن نوع المخاطر التي تواجهها. ذلك أن هذه التدابير من طبيعة استثنائية. ويتعين أن تقابل مخاطر من جنسها. ولا يعتد بالتالي في تحققها أو تخلفها، بمعايير شخصية. وإنما تشكلها ضوابط موضوعية، أهمها قدر حدتها، وتأثيرها المباشر على الأوضاع القائمة تغييراً لها أو انقلاباً عليها.

وبتعبير آخر لا تتحقق الصلة بين الأوضاع الاستثنائية التي أفرزتها المخاطر، والتدابير التي تجابهها، إلا بشرطين:

أولهما: أن تكون هذه التدابير مستلزمة في دوافعها حقائق هذه المخاطر ومواجهة الآثار التي ترتبها، وكافية لإخلاء شرورها وإنهاء أثرها بما يكفل تناسبها معها.

ثانيهما: أن تنضم التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية -في النطاق المتقدم- بوحدة هدفها ممثلاً في إعادة الأوضاع التي صدعتها هذه المخاطر، إلى حالتها الطبيعية بغير إبطاء. وجزأ بالتالي فرض قيود جبرية على بعض المواطنين لتحديد إقامتهم في غير الأحوال المنصوص عليها في القانون؛ أو مصادرة رسائلهم أو الاطلاع عليها بغير أمر قضائي؛ وساغ أيضاً إنذار كل صحيفة أو وقفها أو تعطيلها، إذا كانت تعرض على الفتنة، وتزين أفعال المتمردين وتشجعهم على العصيان.

فذلك كله مما يدخل في نطاق التدابير الاستثنائية التي يجوز أن يتخذها رئيس الجمهورية، بشرط تنفيذها بالأغراض التي تستهدفها هذه التدابير. فلا تكون أغراضها هذه، إلا قيوداً قانونية -لا سياسية- عليها. فإذا جاوزها رئيس الجمهورية، كان تصرفه انحرافاً خطيراً بالسلطة.

٦. يتعين أن يكون إزوال المخاطر التي واجهها رئيس الجمهورية، حداً زمنياً نهائياً للتدابير التنظيمية التي تصدر في شكل قواعد قانونية حتى لا تتحول سلطة رئيس الجمهورية الاستثنائية -في موقفة بطبيعتها- إلى سلطة دائمة.

ولا كذلك التدابير ذات الطبيعة الشخصية الاستثنائية التي تعتبر كذلك بالنظر إلى تعلقها بأشخاص بذواتهم طبيعيين أو اعتباريين -كان لهم دور فاعل في تأجيج المخاطر وتفاقمها وإنكاء لهيبها<sup>(١)</sup>. ذلك أن من المتصور بقاء هذه التدابير حتى بعد زوال الأوضاع الاستثنائية التي أفرزتها. فلا يكون الجزء على أفعالهم، أو محاكمتهم عنها، منتهياً بانتهاء المخاطر.

٧. لأن كان قرار رئيس الجمهورية باللجوء لنص المادة ٧٤، لا يجوز أن يطرح للاستفتاء، ولا أن يراجع قضائياً باعتباره من أعمال السيادة<sup>(٢)</sup>، إلا أن التدابير التي يتخذها في نطاق هذه السلطة الاستثنائية، -رأياً كان مضمونها- لا يجوز إعفاؤها من الرقابة القضائية، سواء تطبق الأمر بالفصل في دستوريتها أو بمطابقتها للقانون. ذلك أن هذه التدابير التي وصفها للمادة ٧٤ من الدستور <<بالإجراءات السريعة لمواجهة الخطر>>. وإن تعين عرضها على المواطنين

(١) يتخذ رئيس الجمهورية التدابير القربية في مواجهة لشخص كان لهم دور في إنكاء الفتنة وتأجيجها والسمل على توسيع دفترتها. فلا تكون هذه التدابير غير جزاء على أفعالهم.

(٢) شأن هذا القرار في ذلك، شأن قرار إعلان حالة الطوارئ طبقاً لنص المادة ١٤٧ من الدستور، فكلاهما من أعمال السيادة.

لاستقائهم فيها خلال ستين يوما من تاريخ اتخاذها، إلا أن هذا الاستفتاء لا يصبح عوارا أصابها، ولا يزيل سوءاتها، ولا يقلبها إلى تكبير موافقة للدستور والقانون.

ومن المفترض أن يبدأ سريان ميعاد الستين يوما من تاريخ آخر إجراء (تكبير) اتخذته رئيس الجمهورية لمواجهة الخطر، إذ لو قبل بمرض هذه التدابير على المواطنين -واحدا واحدا- لاستقائهم فيها، لوقع الاستفتاء في شأن كل تكبير على حدة، وهو مالا يتصور لأمرين:

أولهما: أن إجراء الاستفتاء أكثر من مرة، صعوبة عملية تثير اضطرابا في الحياة السياسية التي يراد إعادتها إلى طبيعتها.

ثانيهما: أن عرض هذه التدابير في مجموعها على المواطنين، يعطى صورة إجمالية عنها، هي التي يخلطونها في اعتبارهم عند عرض تلك التدابير عليهم لإبداء رأيهم فيها. لا تميز في ذلك بين تدابير من طبيعة فردية، وتدابير من طبيعة تنظيمية لها خصائص القواعد القانونية.

ذلك لأن التدابير التنظيمية، وإن كانت أكثر خطرا من ناحية اتساع دائرة المخاطبين بها وتعدد تطبيقاتها، إلا أن التدابير الفردية تعتبر "إجراء" في مفهوم نص المادة ٧٤ من الدستور. ويتعين بالتالي عرضها في الاستفتاء بالنظر إلى عموم نص المادة ٧٤ المشار إليها التي لا يجوز تخصيص حكمها.

وما يقال عن تضال أهمية التدابير للفردية، مردود بأنها قد تقتل قطاعا عريضا من المواطنين، لتصيبهم في حرياتهم أو في حقوقهم التي كفلها الدستور، مثيرة بالتالي غضبا قوميا عارما.

٨. وكلما رفض المواطنون التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية -كلها أو بعضها- بهد عرضها عليهم في الاستفتاء، اعتبر ذلك إنهاء لأثارها من وقت اعترضهم عليها. ويظل للمحاكم النظر في كافة الآثار المترتبة على تطبيقها قبل رفضها في الاستفتاء، لتقدم الترضية القضائية الملائمة في شأنها إن كان لها محل.

كذلك فإن قبول المواطنين في الاستفتاء للتدابير التي عرضها عليهم رئيس الجمهورية، وإن كان يبقيا بكل آثارها ويصححها منذ صدورهما، إلا أن شرعيتها لا تستقر بصفة نهائية إلا بعد أن

ترفض السلطة القضائية الطعون الموجهة إليها بعد عرضها عليها من خلال الخصومة القضائية. وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية "مستورية" من أن الترخيص بنص المادة ١٥٢ من الدستور لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقدّر أهميتها على هيئة الناخبين لاستفتائهم فيها، لا يطهرها من عيوبها، ولا يجوز أن تتذرع به السلطة التنفيذية لنقض قواعد الدستور أو مخالفتها<sup>(١)</sup>. ومن ثم يظل كل عوار اتصل بهذه التدابير، كامناً فيها حتى تفصل السلطة القضائية في أمره<sup>(٢)</sup>.

٩. تعتبر الرسالة التي يوجهها رئيس الجمهورية إلى مواطنيه في شأن الأوضاع الاستثنائية التي يواجهها الوطن، وقد تهديدها لوحته الوطنية، أو إضرارها بسلامته، أو توقيها لمؤسساته، شرطاً شكلياً لازماً بمقتضى نص المادة ٧٤ من الدستور، مضافاً إلى شرط شكلي آخر هو الاستفتاء على التدابير التي قررتها.

وهو يطن رسالته هذه للجماهير بعد اتخاذ هذه التدابير، وقبل عرضها في الاستفتاء، حتى تكون على علم بها قبل تقييمها لها.

ولا يجوز بالتالي أن تجهل رسالته إليها، بالصورة الحقيقية للأوضاع الطارئة، ولا أن فسظ ما هو هام من التدابير التي اتخذها، ولا أن تتكولها في صورة إجمالية لا تفصح عن حقيقتها. بل يتعين أن يكون بيانها جلياً وإن لم يكن بالضرورة تفصيلياً.

وإنباء رئيس الجمهورية مواطنيه بالتدابير التي اتخذها أو استفتائهم عليها، قلما يكون مفيداً في كبح سلطاته الاستثنائية أو تقييدها. ذلك أن رسالته إليهم قد تجسم المخاطر بما يبعد بها عن حقيقتها. وهي تصور التدابير التي اتخذها لمواجهة الخطر، بما يهون من شأنها، ويقلل من وطأتها حتى لا تظهر في كامل أبعادها. وقد يصوغ هذه الرسالة على نحو يحلل معانيها بأكثر من تأويل. وكثيراً ما يوجزها لإخفاء حقائق لا يريد الإعلان عنها. وهي بعد تدابير لا ترقبها السلطة القضائية - غالباً - إلا بعد اكتمال تنفيذها واستفادها لأغراضها، فلا يكون أمام المضرورين منها غير الحق في التعويض عنها.

(١) صدر هذا الحكم بجلستها المقررة في ٢١ يونيو ١٩٨٦. ونشر في ٣٥٢ من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة؛ أنظر كذلك مصطفى أبو زيد فهمي - الدستور المصري - منشأة المعارف ١٩٨٥ - ص ٤٢٢.

(٢) محكمة القضاء الإداري - الدعوى ١٦٥٧ لسنة ٣٦ ق الصادر عنها في ٢٩ يونيو ١٩٨٢.

١٠. وما يقال عن أهمية الاستفتاء وضرورته لإضفاء الشرعية على التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية، مردود بأن الاستفتاء عليها في الدول النامية لم يسفر يوما عن رفضها. فلا يتحضر إلا عن قبول مطلق لها، ولو بتحويل إرادة هيئة الناخبين من خلال تحريفها.

ومن ثم ينحل -في ظاهره- إلى تفويض مطلق لرئيس الجمهورية في مباشرة سلطاته الاستثنائية، وكان المواطنين يمهرونها بخاتمتهم. وتلك صورة خادعة من الإجازة غير المشروطة التي لا يرد قيد عليها.

١١. لا يجوز النظر إلى أثر المخاطر باعتباره منفكا عن وجودها؛ ولا اللجوء لنص المادة ٧٤ من الدستور توكيفا لمخاطر يحتمل وقوعها.

ذلك أن تطبيقها مشروط بطول المخاطر لا بتراخيها. فإذا لم يكن الخطر حالا ومباشرا<sup>(١)</sup>، كان محدود الأثر؛ أو كان غير متعلق بالمصالح التي حصرتها وكفلتها المادة ٧٤ من الدستور<sup>(٢)</sup>، بطل التفرع به لتطبيقها.

١٢. لا يجوز أن تصل التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية -في مداها- إلى حد تعديل قواعد الدستور بما يغير بنيانها.

ذلك أن تطبيق نص المادة ٧٤، يفترض طروء عارض على الدولة يخلل به نظامها محددا على ضوء قواعد الدستور المعمول بها. فإذا تدخل رئيس الجمهورية لتحويل قواعد الدستور عن طريق تعديلها، كان ذلك انحرافا عن هذه القواعد التي تعتبر الإطار الوحيد للشرعية الدستورية، والتي ما تدخل رئيس الجمهورية أصلا لصونها، إلا من خلال نص في الدستور هو نص الصادة ٧٤.

كذلك ليس من شأن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار نص المادة ٧٤ من الدستور، الإخلال بالقيم الجوهرية التي يحتملها الدستور، والتي يندرج تحتها افتراض السيادة، ومبدأ شخصية العقوبة؛ وامتناع افتراض المسؤولية الجنائية؛ أو تقرير عقوبة جنائية بأثر رجعي؛

(١) هذه المصالح هي ضمان الوحدة الوطنية وسلامة الوطن وأداء مؤسسات الدولة لدورها الدستوري.

أو بغير قانون أو دون مراعاة حدوده؛ أو حظر تفريد العقوبة بما يحتم توقيعها بألية صماء لا تأخذ في اعتبارها أوضاع المذنبين وظروفهم لتصبيهم في جمود قوالبها وكأنهم لا يختلفون فيما بينهم.

وينالض هذه القيم كذلك كل عدوان على الحق في الحياة؛ أو إهدار حرية العقيدة؛ أو الإخلال بالحق في الدفاع؛ أو حمل الشخص على أن يشهد بما يدينه؛ أو انتزاع أقواله التي لا يريد الإفصاح عنها؛ أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه؛ أو تقييد حريته بغير حسق، أو الحط من كرامته؛ أو تعذيبه؛ أو توقيع عقوبة عليه تكون معلقة في قسوتها، أو مجاوز في شذوذها كل منطق؛ أو التمييز بين المواطنين دون مبرر في مجال تطبيق التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في المادة ٧٤ من الدستور؛ أو مصادرة أموالهم بما يسعها في كل مفرداتها؛ أو عزلهم سياسيا عقابا لهم على دورهم في إيقاد جذوة المخاطر، أو التمهيد لها أو الحض عليها؛ أو إبعادهم عن مصر أو منعهم من العودة إليها.

ومرد ذلك أن هذه القيم الجوهرية لها من رسوخها واستقرارها في الضمير الجمعي ونفسى الدول الديمقراطية جميعها، ما يؤكد ثباتها ولطارد تطبيقها.

وهي كذلك وثيقة الصلة بأدمية الفرد وكرامته، وهي الأصل في كافة حقوقه وحياته. وعلاها على النسب غير لا يقبل جدلا. وإطلاقها يحول دون تقييدها.

ولأنها فوق ما تقدم من الحقوق الطبيعية الأسبق وجودا من انخراطهم في أية صورة من صور التنظيم الاجتماعي - بدءا من الأسرة وانتهاء بالدولة - فلا يجوز النزول عنها أو تحريفها.

١٣. يتعين دوما أن ترتبط التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية - عقلا - بأهدافها، وأن يكون التدخل بها دون إبطاء، وإلا استقبل الخطر وتماظم مداه.

١٤. ليس في نص المادة ٧٤ من الدستور، ما يعطل أو يقيد سلطة البرلمان، بشرط ألا يخل تدخله بانفراد رئيس الجمهورية بالسلطة الاستثنائية التي يتلقاها مباشرة من نص هذه المادة ذاتها.

وليس للبرلمان بالتالي أن ينازع رئيس الجمهورية في تقديره تحقق المخاطر التي تستهض تطبيقها أو تخلفها؛ وما يكون ملائما من التدابير لمواجهةها.

ولا يتصور بالتالى أن يباشر البرلمان دورا تشريعيا أو رقابيا فى كيفية استخدام رئيس الجمهورية لسلطته الاستثنائية، إلا بعد زوال المخاطر من منبتها. واقتلاعها من جذورها. ذلك أن اجتنائها بعيد الأوضاع إلى حالتها السابقة على نشوئها. ويرد إلى البرلمان كامل ولايته التى قبضتها السلطة الاستثنائية التى باشرها رئيس الجمهورية إبان قيام المخاطر.

وللبرلمان بالتالى أن يعيد النظر فى كافة التدابير التى اتخذها، وأن يعمل على تقييمها من منظور موضوعى، ولو اقتضاه ذلك إلغاءها أو تعديلها.

١٥. يتعين التمييز بين ما يعتبر من التدابير تنظيمية أو فردية على ضوء معيار موضوعى يعد بمادتها أو موضوعها.

فما يتخذ منها شكل القواعد القانونية فى عمومها وتجردها، يعتبر إجراء تنظيميا.

وما يتعلق من صورها بمراكز ذاتية، يعامل باعتباره إجراء فرديا.

ذلك أن نص المادة ٧٤ من الدستور يركز السلطة ويمجها فى شخص رئيس الجمهورية. وهو يصدر التدابير جميعها. فلا يكون تطبيق المعيار الشكلى بشأنها للتمييز بين ما يكون منها تنظيميا أو فرديا، متصورا، إذ يعد هذا المعيار فى مجال هذا التمييز - بالجهة التى صدر عنها الإجراء، وهى فى هذا القرض جهة واحدة، هى السلطة التنفيذية التى يأتى رئيس الجمهورية فى قمته.

١٦. أن التظلم من التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور، مقصور على محكمة التقيم عملا بنص المادة ٣٤ من قانون حماية القيم الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠، والمعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١<sup>(١)</sup>.

ولا يعتبر هذا التظلم - على ما قرره المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١٤ لسنة ٨ قضائية "تتازع"<sup>(٢)</sup> - نظاما إداريا، وإنما ينحل إلى خصوصية قضائية بمعنى الكلمة عهد المشروع

(١) أضاف هذا القانون إلى المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من العيب، بندا جديدا برقم خامسا، مقتضاه اختصاص محكمة التقيم دون غيرها بالفصل فى التظلمات من الإجراءات التى تتخذ وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور.

(٢) صدر حكم المحكمة الدستورية العليا فى جلستها المعقودة فى ١٩٩٢/٣/٧ -قاعدة رقم ٧- ص ٤٢٢ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بالفصل فيها إلى محكمة القيم استثناء من أصل خضوع المنازعات الإدارية جميعها لمحاكم مجلس الدولة التي تختص أصلاً بالفصل فيها بوصفها قضيتها الطبيعي.

ومن البدهي، فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا المتقدم، يتعلق بحلول محكمة القيم محل محاكم مجلس الدولة في الفصل في أنواع من المنازعات الإدارية، هي التي تتعلق بمشروعية كل إجراء يصدر عن رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور إذا تمحض هذا الإجراء قراراً إدارياً. فإذا كان قراراً تنظيمياً عاماً، تمحض عن قواعد قانونية تتولى المحكمة الدستورية العليا -دون غيرها- الفصل في دستوريته وفقاً لقانونها<sup>(١)</sup>.

---

(١) على أن محكمة القيم تنظر محكمة موضوع. ومن ثم ينحصر دورها -إذا ما عرض عليها نزاع يتعلق بأحد التدابير التنظيمية التي اتخذها رئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور- في أن تقر جدية الدفع بعدم دستوريته، وأن تحيل بعد ذلك النصوص المطعون عليها إلى المحكمة الدستورية للفصل في دستوريته إذا قدرت جدية هذا الدفع، أو أن ترخص للخصم برفع الدعوى بذلك إلى المحكمة الدستورية العليا (انظر رسالة الدكتوراه الأستاذ سمير على عبد القادر وموضوعها السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية). وكذلك رسالة الدكتوراه الأستاذ ودي ثابت غبريال فرج وموضوعها سلطات رئيس الجمهورية طبقاً للمادة ٧٤ من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها).

### الفصل الثاني

### السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية إبان الحكم العرفي

#### المبحث الأول

##### علتها

٥٤٥- تقول المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>، إن المصالح المعبرة شرعا هي التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة الإسلامية، متلاكية معها. وهي بعد مصالح لا تنكأها جزئياتها أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتحدد مضمونا ونطقا- على ضوء أوضاعها المتغيرة. وكثيرا ما كان للصحابية والتابعون يشرعون أحكاما لا دليل على اعتبارها أو إلغائها، متوخين بها مطلق مصالح العباد، جلبا لنفعهم، أو دفعها لضرهم، أو رفعها للحر ج عذهم. وهم يصدرن في ذلك عن قوله تعالى "ما يريد الله ليحيي عليكم من حرج" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر "وما جعل الله عليكم في الدين من حرج" وكان ذلك مؤداه أن الناس لا ينبغي أن تنتظمهم قواعد موحدة تحكمهم في كل أحوالهم و أوقانهم؛ وأن عسرهم يفضي إلى تقرير قواعد ييسر عليهم، ولا تزيد من مشقتهم؛ وأن تكليفهم بما في وسعهم، صون لحدود الاعتدال التي ينقضها إيقاعهم في الحرج، أو العمل عليهم لإرهاقهم؛ وأن المؤمنين على ضوء ما تقدم، رحماء بعضهم لبعض لا يتكأحرون إلكا، ولا ينقلبون بغيا، ولا يفاضلون بين أمرين إلا باختيار أهونهما ما لم يكن إثمًا حتى لا يضلوا بأهوائهم.

وحق القول بأن أحوال الناس في ضيقهم، تغرق أحوالهم في سعتهم؛ وأن القواعد التي تحكم ظروفهم الطبيعية، غير تلك التي تنظم أحوالهم الضاغطة؛ وأن ما يجوز عند الضرورة، يكون محظورا حال زوالها؛ وأن المخاطر التي تحقق بهم لا يجوز أن تتفأقم أضرارها؛ وأن مواجهتهم لها، ضمان لحصر ضرورها؛ وأن تمليهم من السيطرة عليها، مؤد لاتساع دائرتها؛ وأن ما يجوز لهم أن يأتوه في حياتهم اليومية برئائتها وسكينتها، ينبغي أن يتجنبوه إذا دهمهم الخطر ولحاط بالدولة التي تضمهم إليها.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١/٦/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٠ - ص ٣٤٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ذلك أن إفزاعهم يثير اضطرابها ويبدد هدوءها. ولأنهم يولونون بها، فإن عليها أن تتضمن بعناصر القوة التي تملكها، وأن توجهها لصون مصالحهم الحيوية التي لاقحتها للخطر، ومهددا.

وعناصر القوة هذه، هي سلطاتها الاستثنائية التي ترد بها عنها مخاطر دهمتها، لئلا كان مصدرها أو سببها، فجميعها سواء فيما تلحقه بها من مضار لا يستهان بها، وتصل في عمقها إلى حد الإخلال بوحدة شعبها، أو بتكامل إقليمها، أو بغير ذلك من ركائز بنيانها.

ومن ثم تمتاز هذه المخاطر بتغلطها وتعتز ترقعها، ويحطوها لا بترأخها، ويخللها المباشرة بمصالح لا يجوز النزول عنها، أو للتضحية بها، لاتصالها على واقعها- بوجود الدولة في ذاتها، أو بمطلبتها في الأمن والاستقرار، أو بحاجتها إلى المضي قدما فيما يعود بالنفع العام على مواطنيها.

ومن ثم كان إطلال هذه المخاطر، مقتضيا دفعها بالوسائل التي تتأهبها، والتي تنهها بها فرص إجهاضها. فلا تكون هذه الوسائل هي ذاتها التي تلتزمها الجماعة في ظروفها الطبيعية التي قد تلاعبها أحيانا مخاطر محدودة آثارها لا تتعدى بها حياتها.

وإنما هي المخاطر الملتهبة التي تصير أمرها، فلا تدها غير طرائق توازيها في حدتها، لتصيبها في جذورها ومنابتها بقصد اقتلاعها.

ولا يتصور بالتالي أن تترأخ تلك التدابير لتفقد بأسها، ولا أن تكون هوانا بما يضعفها. ذلك أن مواجهتها لمخاطر وخيمة عواقبها، عريضة آثارها، شرطها فعاليتها في دفعها، وحزمها في سرعتها، وحسن توقيتها لإجهاضها. فلا يكون اللجوء إلى مثل هذه التدابير غير خروج محدود على الشرعية الدستورية في تطبيقها المطردة التي تقيم للدولة القانونية ركائزها التي حددتها المحكمة الدستورية العليا بقولها:

>>>إذ نص الدستور في المادة ٦٥ على خضوع الدولة للقانون، وأن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، فقد دل بذلك على أن الدولة القانونية هي التي تنقيد في كافة مظاهر نشاطها -وليا كان نطاق سلطاتها أو طبيعتها- بقواعد قانونية تطو عليها، وتكون بذاتها ضابطة لتصرفاتها وأعمالها في أشكالها المختلفة.

ذلك أن السلطة -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد، ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة وإصالحها. ولئن صح القول بأن حد مشروعية السلطة، أن تكون وليدة الإرادة الشعبية وتعبيراً عنها، إلا أن اتبناق هذه السلطة عن تلك الإرادة وارتكازها عليها، لا يفيد بالضرورة أن من يمارسها غير مقيد بقواعد قانونية تكون عاصماً من جموحها، وضماناً لردّها على أعتابها هي جاوزتها».

«وكان حتماً بالتالي أن تقوم الدولة القانونية في مضمونها المعاصر -وعلى الأخص في مجال توجيهها نحو الحرية- على مبدأ مشروعية السلطة مقترناً ومعرّضاً بمبدأ الخضوع للقانون، باعتبارهما مبدأين متكاملين لا تقوم بدونها الشرعية الدستورية في أكثر جوانبها أهمية؛ ولأن الدولة القانونية هي التي يتوافر لكل مواطن في كنفها، الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحرياته، ولتنظيم السلطة وممارستها في إطار من المشروعية. وهي ضمانته تدعّمها السلطة القضائية من خلال استقلالها وحصانتها، لتصبح للقاعدة القانونية محوراً لكل عمل، وحداً لكل مبلطة، ورادعاً ضد الحدود وفي هذا الإطار، لا يجوز للدولة القانونية أن تنزل بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرّياتهم، عن الحدود الدنيا لمطالباتها التي تقبلها الدول الديمقراطية بوجه عام؛ ولا أن تفرض على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها، قيوداً تكون في جوهرها أو مداها، مجافية لتلك التي درج للعمل في الدول الديمقراطية على تطبيقها.

بل إن خضوع الدولة للقانون -محدداً على ضوء مفهوم ديمقراطي- مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية، مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، التي تسمو فيها للقاعدة القانونية عليها، وتتقيد هي بها<sup>(١)</sup>.

تلك هي الدولة القانونية بمقوماتها التي حدتها المحكمة الدستورية العليا. وتظل لهذه الدولة مقوماتها هذه -في جوهرها- ولو واجهتها أوضاع استثنائية من جراء خطر فاضح يرقها ويعتصر مصالحها الأساسية، إذ يقتصر دورها على أن ترد هذا الخطر عنها من خلال تدابير لها من مرونتها وسرعتها ما يؤكد فعاليتها؛ ومن تقيدها بالأغراض المنطقية التي تستهدفها، ما يبرر مشروعيتها؛ ومن ملامعتها لأفهام المخاطر التي تطل عليها، ما يكفل إعتدالها وتدابيرها معها.

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- كاعدة رقم ١٤ -ص ٨٩ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

فلا تكون هذه التدابير غير وسائل قانونية في أسسها ودوافعها. وتلك هي الشريعة الاستثنائية التي تظل مع اتساع وعق التدابير التي تتخذ في نطاقها، نظاما قانونيا ككل الدستور أصله، وحد القانون الضوابط التي يقوم عليها<sup>(١)</sup> وليس لرئيس الجمهورية بالتالي أن يتذرع بأوضاع طارئة -لما كان قدر حداثها وعصفها بالحقوق- ليكسر بسببها سلطة مطلقة لا عاصم منها، ولا قيد عليها.

ذلك أن لفلانها من كوابحها مؤداء مجاوزتها حدود للقانون، وانحرافها عن أهدافها، وإخلالها كذلك بالقيم الجوهرية التي احتضنها الدستور، كافتراض البراءة، وكالحق في التداوى، وفي مباشرة الدفاع، وفي مواجهة للشهود؛ وفي إنهاء القيود غير المبررة على الحرية الشخصية.

وتظل الشريعة الدستورية بضوابطها في الأوضاع الطبيعية، هي الإطار العام للتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في الأوضاع الاستثنائية، فلا يكون الخروج عليها إلا لضرورة، مردّه أمر عارض تقوم به رخصة دفع المخاطر توفيا لحرج تقاومها واتساع دائرتها، إن لم تواجه بما يلزمها من التدابير؛ وبمراعاة أن حق الدولة في مباشرة رخصها لا يقل في وجوبه عن مباشرتها لعزلتها، وأن رخصها يخلوها للتدخل عند الضرورة لرد المخاطر عنها، من خلال تدابير تزيد وطأتها ودائرتها على تلك التي تركز إليها في أحوال يسرها.

ومن ثم تعتبر الضرورة عذرا مانعا من تطبيق القواعد المعتادة للشريعة الدستورية. وهو عذر يزول بزوال الضرورة. ذلك أن ما جاز لضرورة يبطل بزوالها.

كذلك فإن صدور التدابير بقدر الضرورة التي تطلبها، مؤداه أن دفع مخاطر الحالة الطارئة وإن كان واجبا، ولكن بقاؤها يعد إهمالا لا يجوز الوقوع فيه، إلا أن تزامم الأضرار على محمل واحد، يقتضى القبول بأهونها توفيا لأفدحها؛ والتحمل بالضرر الخاص لرد ضرر عام.

والفولة بذلك، توازن بين التدابير المختلفة حال تعارضها فيما بينهما، فبلا تخار غير أصونها للحقوق، وألقها تقييدا للحرية، ودون الإخلال بحق المضروبين من هذه التدابير في طلب التعويض عنها.

(١) "المحكمة العليا" للدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية -جلسة ١٩٧٦/٤/٣- من مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة العليا.

فلا تكون التدابير التي تتخذها الدولة لرد المخاطر الوخيمة عنها، غير تدابير واقعة في نطاق الضرورة التي أجازتها، فلا تزيد على هذه الضرورة، وإنما تتناسب في قدرها.

### المبحث الثاني

#### الحالة الطارئة من حيث مداها

٥٤٦- وفي إطار منظومة التدابير الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقاً للدستور، جاء نص المادة ١٤٨ منه التي تفوض لرئيس الجمهورية أن يعلن حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون، على أن يعرض هذا الإعلان وجوباً على السلطة التشريعية خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتقرر ما تراه بشأنه. وفي حال حلها يعرض رئيس الجمهورية هذا الإعلان عليها في أول اجتماع لها. ويتعين في جميع الأحوال أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة لا يجوز مدّها إلا بموافقة السلطة التشريعية.

٥٤٧- وسواء تعلق الأمر بالتدابير الاستثنائية المخولة لرئيس الجمهورية بمقتضى نص المادة ٧٤ من الدستور، أم بتلك التي كفلتها المادة ١٤٨، فإن هذه التدابير ترتبط في مضمونها ومداها، بنوع المصالح التي تحميها، ودرجة الخطر التي تهددها. وقد تبلغ أهمية هذه المصالح حداً يجعل الدستور على بيانها حصراً، فلا يجوز التدخل لحماية غيرها.

كذلك فإن حصر هذه المصالح أو إحصاءها، يفيد بالضرورة تحديد الأغراض التي تستهدفها التدابير التي يتدخل بها رئيس الجمهورية لصونها.

ولا كذلك أن يتجاهل الدستور تحديد المصالح التي تصونها السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية من كل إخلال بها، ولا أن يفوض الدستور المشرع في بيانها بما يطلق يده في مجال تحديدها، ويبسطها في الأعم من الأحوال مما لأه لرئيس الجمهورية ولدعم نفوذه، بما يؤثر سلباً على طبيعة النظم القائمة في الدولة، ولوجه اتفاقها أو اختلافها مع الخصائص الديمقراطية.

٥٤٨- ويبدو ما تقدم جلياً بمقارنة المادتين ٧٤ و ١٤٨ من دستور مصر التي تنطبق أولاهما بأزمة عاصفة تحيط بالدولة من جراء خطر حال أحقن بها، وثانيتهما بحالة الطوارئ L'état d'urgence التي تقتصر الدستور على بيان الخطوط العريضة التي تحكمها. وذلك الدستور غير بين هاتين المادتين من النواحي الآتي بيانها.

١. أن لولاماً قاطعة في بيانها نوع المصالح التي يتدخل رئيس الجمهورية لحمايتها. ولا كذلك ثانيتهما التي جهل الدستور من خلالها بالمصالح التي تحميها حالة الطوارئ بعد إعلانها<sup>(١)</sup>.

٢. أن التدابير التي يجوز أن يتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور، تنحصر في تلك التي تكفل مواجهة المخاطر التي تتهدد بها المصالح التي عينتها. ولا كذلك التدابير التي يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها في نطاق نص المادة ١٤٨ من الدستور. ذلك أن دائرة هذه التدابير أو إطارها العام، يحددها المشرع. وهو يحدد كذلك نوع المصالح التي تتدخل هذه التدابير لصونها. ولا يتقيد رئيس الجمهورية - عملاً بنص المادة ١٤٨ من الدستور - بغير بيان الفترة الزمنية التي تبقى الحالة الطارئة خلالها، ويعرض قراره بإعلانها على السلطة التشريعية في الأجل الذي حددتها المادة ١٤٨ المشار إليها<sup>(٢)</sup>.

٣. أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية لرد المخاطر التي تستهضئ تطبيق المادة ٧٤ من الدستور، يتلقاها مباشرة من نصها.

فيذا تعلق الأمر بإعلان الحالة الطارئة، فإن نص القانون هو المصدر المباشر للأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي تتعلق بهذه الحالة.

٤. أن قرار رئيس الجمهورية بمواجهة المخاطر التي تهدد المصالح التي حددتها المادة ٧٤ من الدستور حصراً، وكذلك قراره بإعلان حالة الطوارئ عملاً بنص المادة ١٤٨ من الدستور، يبسطان سلطة الردع التي يحوّلانها إياه. ولقراران كلاهما من أعمال السيادة التي لا تجوز مراجعتها قضائياً.

(١) المصالح التي نصها المادة ٧٤ من الدستور، هي تلك التي تتعلق بضمان الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو أداء مؤسسات الدولة لدورها الدستوري. فكل خطر يهدد إحدى هذه المصالح، يخول رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر. ولا كذلك نص المادة ١٤٨ من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون. وفي ذلك تفويض من الدستور للمشرع في بيان المصالح التي يتدخل رئيس الجمهورية لصايتها من خلال حالة الطوارئ التي يعلنها.

(٢) يعرض رئيس الجمهورية قراره بإعلان حالة الطوارئ على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوماً التالية، ليقرر ما يراه في شأنها. فإذا كان المجلس منحل يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له.

ولا كذلك التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار هاتين المادتين. ذلك أن خضوعها للرقابة القضائية لا شبيهة فيه، وعلى الأخص من جهة الأثر التي تتركها هذه التدابير في شأن حقوق الأفراد وحياتهم انقلاباً عليها؛ وإهداراً لضمائنها المنصوص عليها في الدستور.

### للمبحث الثالث

#### الخطوط العريضة للحالة الطارئة

٥٤٩- للنصوص القانونية المنظمة للأحكام العرفية -التي تقوم حالة الطوارئ محلها اليوم<sup>(١)</sup>- مرادة بين الدستور والقانون. ذلك أن الدستور لا يحيط بكل تفصيلاتها، وإنما يقتصر على بيان العريض من خطوطها، وعلى الأخص من جهة تحديده للسلطة التي تختص بإعلانها، وحصر مرياتها في آجال محددة لا تتجاوزها.

وفيما عدا هذه الخطوط العريضة، يتولى المشرع ملء كل فراغ قصر الدستور عن سده، بما يطلق يده في تقرير نصوص قانونية استثنائية خطيرة في مساسها بحقوق الأفراد وحررياتهم؛ ولا يقتصر مداها على بيان نوع المصالح التي يستلزم الإخلال بها إعلان الحالة الطارئة؛ وإنما تتبسط هذه النصوص إلى حد تفصيل التدابير التي تتخذها الجهة التي عهد إليها المشرع بتنفيذها. ولا تزال حدود هذه السلطة الاستثنائية مختلفا عليها بين الدول بالنظر إلى تفاوتها فيما بينها فسي موقفها من الشرعية الدستورية، وقد حرصها على التقيد بوجه عام بضوابطها. وهو ما نراه على الأخص في فرنسا ومصر، وهما نموذجان لدولتين تختلفان فيما بينهما في انتهاجهما الديمقراطية أسلوبا وحيدا للحكم، وضمنا نهائيا لسيادة القانون.

### المطلب الأول

#### الأحكام العرفية في فرنسا

٥٥٠- تنص المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي -في عبارة مركزة- على أن يقرر مجلس الوزراء بمرسوم، إعلان الأحكام العرفية L'état de sie'ge. ولا يجوز بغیر إذن من البرلمان، مد أجلها لأكثر من اثني عشر يوما.

L'état de siège est décrète en Conseil des Ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le parlement.

(١) التسمية الصحيحة لحالة الطوارئ، هي حالة الاستعجال L'état d'urgence ذلك أن كل حالة تعرض للدولة، وتهددها في مصالحها، هي من قبيل الأوضاع الطارئة عليها.

وشأن هذه المادة شأن كل السلطات الاستثنائية التي تؤدي بأثرها إلى تبسط قوة الردع التي تملكها الدولة وإلى حلول السلطة العسكرية محل السلطة المدنية ففى مجال مباشرة السلطة البوليسية، وعلى الأخص فى مجال التفتيش والإبعاد -ويعد اختصاص المحاكم العسكرية إلى الجرائم الموجهة ضد أمن الدولة التي يرتكبها المنفيون.

وكان إعلان الحكم العرفى يتقرر من قبل فى فرنسا بقانون يصدر خلال دور انعقاد البرلمان بقصد صون حقوق الأفراد وحرياتهم. فإذا لم يكن البرلمان منعقداً، كان رئيس الجمهورية يعين الحكم العرفى بمرسوم يصدر بعد أخذ رأى مجلس الوزراء على أن يدعى البرلمان للانعقاد خلال يومين على ما تنص به المادة الثانية من القانون الصادر فى ٣ أبريل ١٨٧٨.

وفى ظل الأوضاع القديمة صدر نص المادة ٣٦ المشار إليها التي نراها خطوة رجعية ترد بها الديمقراطية إلى الوراء، ولو كان لهذه المادة جذورها فى أعماق السوابق القديمة التي لا يصححها استقرارها على نحو أو آخر، ولو جمعها نص المادة ٣٦ المشار إليها فى شكل قاعدة قانونية مجردة لها من عموم تطبيقاتها ما يكتل سريلها فى كلفة أحوالها دون قيد.

ولما ما كان الأمر، فإن للمادة ٣٦ آفة البين، ميراثها المنطقة سواء من الناحية السياسية أو القانونية. فمن الناحية السياسية يفترض إعلان الحكم العرفى تحقق مخاطر فاحشة Un Peril extreme داخلية أو خارجية -تتدر بأثارها الوخيمة العاقبة. وهذه المخاطر لها من طبيعتها ما يدخل السلطة التنفيذية أن تعان الحكم العرفى بقرار يصدر عنها ولا يقبل المراجعة القضائية باعتباره من أعمال السيادة. ذلك أن المقصود أصلاً بإعلان الحالة الطوارئ، ومواجهته مخاطر لها من طبيعتها وحدتها ما يقتضى دفعها بما يلائمها من التدابير العاجلة، وعلى الأخص إزاء ما نشهده اليوم من تفاقم صور الصراع الداخلى بين أبناء الوطن الواحد، وتنازع توجهاتهم ونزوعهم أحياناً إلى الانفصال واتساع دائرة القيم الأيديولوجية التي يظفون عليها، وإمكان لجوئهم فى هذا الصراع إلى وسائل غير قانونية بعيدة فى مداها وآثارها. فلا يكون أمام السلطة التنفيذية -بحكم قوتها وحدتها- غير التدخل لترد الأمور إلى نصابها بصورة مقتررة، لا توازى فيها السلطة التشريعية التي تنقسم كثيراً على نفسها بما يجرداها من عناصر تماسكها. بل إن ترددها فى تقريو الحلول الملائمة لأوضاع حادة، يعجزها عن مواجهتها، لتحل السلطة التنفيذية محلها فيها.

وتلك آفة الديمقراطية التي إن توتى ثمارها دوماً، إلا بشرط إيفاء ضماناتها، وتقرير وسائل حمايتها التي تنهى بها فعاليتها.

ومن الناحية القانونية، فإن للاستاتير فى اتجاهها إلى تقوية السلطة التنفيذية فى مواجهة البرلمان، تميل إلى تقرير النصوص القانونية التي تمنحها مركزاً متوقفاً. تكون به يدها هى العليا فى مقابلة المخاطر التي تهدد الدولة، ولا تتواصل بها حياتها، أو ينفرد معها نظامها. أو يختل معها تكامل إقليمها.

وهى تواجه هذه المخاطر بوسائلها، ولو كان ذلك عن طريق الطول محل السلطة المدنية فى مهامها، أو بمجاوزة ضوابط الشرعية الدستورية فى كثير من جوانبها.

ويقيد نص المادة ٣٦ من الدستور الفرنسى من حقوق المواطنين وحرياتهم، من خلال السلطة الاستثنائية التي تمنحها الحكومة لتعميق تدخلها فى شؤونهم. ولم تعد صيغة القانون العرفى فى فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، صيغة ملائمة مما أبدلها بإجراءات جديدة أيسر منها. يندرج تحتها:

\* قوانين الحالة الطارئة L'état d'urgence التي كان البرلمان يقرع عليها حتى العمل بالمرسوم الصادر فى ١٩٦٠/٤/١٥ الذى ألغى هذه الضمانة لجعل إعلان هذه الحالة بمرسوم يتخذ فى مجلس الوزراء على أن يقره البرلمان بعد اثنتى عشر يوماً من إعلانها، وبشرط أن يتعلق هذا الإعلان بمخاطر محدقة Peril imminente أو بكارثة وطنية أو بخلل خطير فى النظام العام. وجميعها مخاطر لا شأن للسلطة العسكرية بها، ولكنها تخول العهد اتخاذ تدابير مختلفة يندرج تحتها الاستيلاء والتفتيش أو الاستدعاء ومراقبة وسائل الاتصال، واعتقال الخطرين وتجنيد محال إقامتهم.

\* قوانين الاستنفار Mise en garde التي تخول الحكومة حق اتخاذ تدابير استثنائية تعطيلها حرية أكبر فى العمل بقصد تأمين القوات المسلحة فى تحركاتهم وحشد وحداتها.

\* قوانين للدفاع [Defence operationnelle du territoire (DOT)]. وهي لا تتعلق بأوضاع استثنائية، وإنما بصورة من صور الدفاع عن الوطن في مناطق بذواتها [DOT] بما يخول الجيش مطات بوليسية.

وتعد هذه القوانين مؤداة، أن تفقد المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي -إلى حد كبير- أهميتها؛ وعلى الأخص بعد أن قرر المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٥ يناير ١٩٥٨ أن النص على هذه المادة في الدستور، لا يبطل أو يمنع غيرها من النظم الاستثنائية التي ينشئها المشرع. ذلك أن سلطته في تقرير هذه النظم، مرجعها إلى نص المادة ٣٤ من الدستور التي تفرد للبرلمان باختصاص تقرير النصوص القانونية في شأن الحقوق المدنية للمواطنين، وكذلك تحديد ضماناتها للجمهورية التي تصون مباشرتهم لحرياتهم العامة<sup>(١)</sup>. وهو ما نراه محل نظر، ذلك أن اختصاص البرلمان بضمان حقوق المواطنين وحرياتهم، يفترض ألا يقيدوا بتدابير استثنائية ترهقها.

### المطلب الثاني

#### حالة الطوارئ أو الاستعجال في مصر

#### L'état d'urgence

### الفرع الأول

#### أساسها من الدستور

٥٥١- تنص المادة ١٤٨ من دستور جمهورية مصر العربية على ما يأتي:

>«حين رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون.

ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه.

(١) انظر في ذلك مقالين للأستاذ Pierre Daberies والأستاذ Jean Claude Masclet وهما منشوران في

المصفحات من ٧٧٩ إلى ٧٨٥ من مؤلف عنوانه: La constitution de la republic

.française,angbyses et commentaires 2e édition [Economica]

وإذا كان مجلس الشعب منحلًا، يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له.  
وفي جميع الأحوال، يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدّها إلا بموافقة مجلس الشعب».

#### ٥٥٢- ويبين من هذا النص:

أولاً: أن رئيس الجمهورية هو المختص -دون غيره- بإعلان الحالة للطوارئ أو حالة الاستعجال، كتسمية أدق، وهو لا يطلعها إلا على الوجه المنصوص عليه في القانون. بما مؤداه أن إعلانه لا يقع إلا وفق الشرط التي يبينها، ويندرج تحتها أن إعلان هذه الحالة مقيد بطرء أحد المخاطر التي حددها المشرع حصراً، فلا تقوم حالة الاستعجال في مساوئها، وإن تمتع رئيس الجمهورية بسلطة تقديرية عسوية على الرقابة القضائية في شأن قيام هذه المخاطر أو تخفّفها، بشرط أن يتقيد بالأعراض النهائية التي يتعين أن تستنفذها هذه السلطة. فإذا استخدمها انحرفاً بها عن أهدافها، بطل قرار إعلان حالة الاستعجال.

ثانياً: أن حالة الاستعجال لا تطن إلا لفترة محددة، يجوز مدّها بموافقة السلطة التشريعية. ويلاحظ هنا أن المدة المحددة التي تنص عليها المادة ١٤٨ من الدستور، غير المدة القصير أجلها، إذ يفترض المدة القصيرة، اعتدالها وخضوعها لحد أقصى يكون قريباً من بدايتها، ويعتبر نهايةً زمنية لها. ولا كذلك المدة المحددة التي يكفي لتوافر شرائطها، أن تكون واقعة بين حدين زمنيين، وإن تعين أن يكونا متقاربين. ذلك أن تحديد مدتها يفترض ضيقها وليس انفرطها، وإن دل الطل على أن شرط المدة المحددة لحالة الاستعجال كتقيد على جواز إعلانها، يبدو عقيماً.

ذلك أن السلطة التشريعية تعتمد دائماً إلى مد المدة الأصلية لحالة الاستعجال قبل انتهائها، ثم مد الفترة الجديدة -سبيل الفضل- إلى فترة تالية تتبعها فترة ثالثة ورابعة قبل أن يكتمل زمن كل منها، لتتدخل هذه المدد مع بعضها، وتتضام حلقاتها. فلا يبدو لزمنها من نهاية، وكأن فترة

مرياتها غير المحدودة، فرض عين علي المصريين جميعا، فلا يكون لهم منها فكاكاً. وهو ما نشهده في واقعنا حتى اليوم. وما ذلك إلا لأن السلطة التشريعية لا تفرض رقابتها الحقيقية على مدة إعلان حالة الاستعجال، ولكنها تبسطها تنصلاً منها عن مباشرة واجباتها وفقاً للمستور.

ثالثاً: على رئيس الجمهورية -خلال الخمسة عشر يوماً التالية لصدور قراره بإعلان حالة الاستعجال- أن يعرض هذا القرار على السلطة التشريعية حال انعقادها كي تجل بصرها فيه لتقييم جوانبه المختلفة، وعلى الأخص ما تعلق منها بنوع المخاطر التي قصد رئيس الجمهورية إلى مواجهتها. ويفترض في السلطة التشريعية عندئذ أن تذكر حوالاً حقيقياً حول هذه المخاطر، ووقفاً على ماهيتها، وتحريراً لمصادرها، وتحديدًا لدرجة جسامتها، وأن تزن ذلك كله بنظرة محايدة لا تستلهم في شأنها غير مصلحة الوطن، وعليها بالتالي أن تعتمد في تقديرها توافر هذه المخاطر أو تخلفها، على حقائق موضوعية لا يجوز لأحد أن يتوهمها ولا أن يصورها على غير حقيقتها.

وعملًا بالفقرة الثانية من المادة ٤٨ من المستور، يتعين على رئيس الجمهورية إذا كان مجلس الشعب منحلًا، أن يعرض قراره بإعلان الحالة الطارئة على المجلس الجديد في أول اجتماع له.

وكان الأولى أن يدعى البرلمان المنحل للنظر في حالة الاستعجال فور إعلانها حتى لا يستطبل زمنها بغير مبرر، خاصة إزاء الطبيعة الاستثنائية للسلطة التي يملكها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي أعلن بسببها حالة الاستعجال. وهي سلطة وخيمة عواقبها؛ سواء في طرائق مباشرتها، أو على مسند نطق عوداتها على حقوق الأفراد وحرياتهم.

رابعاً: لرئيس الجمهورية أن يتخذ التدابير المخولة له بمقتضى القانون وله كذلك أن يضيف لها حقوقاً جديدة يباشرها غير المنصوص عليها في هذا القانون، وهذه الحقوق الجديدة المضافة إلى الحقوق المنصوص عليها في القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٨٨. وعلى رئيس الجمهورية أن يعرض عندئذ هذه الحقوق لتبقيها أو تلغيها أو لتقيّد بعض جوانبها.

خامساً: وتظل السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية -في عموم تطبيقاتها- مقيدة بمجابهة المخاطر الدائمة -ولو كانت من طبيعة اقتصادية<sup>(١)</sup>- على تقدير أن هذه المخاطر هي التي تتراخى بها ضوابط الشرعية الدستورية في أوضاعها المعتادة، لتحل محلها شرعية استثنائية قوامها الضرورة الملجئة، ويقرر مطلباتها.

لا فرق في ذلك بين الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية قبل الدستور القائم أو بعده. ذلك أن ما تنص عليه المادة ١٩١ من الدستور -من أن كل ما قرره القوانين واللوائح السابقة على صدوره، يبقى صحيحاً وناظراً إلى أن تعطلها السلطة التشريعية وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في الدستور؛ مؤداه أن تبقى نافذة لأمر رئيس الجمهورية المصادرة قبل هذا الدستور، وأن يظل مريئها جارياً بعده، وإن كان ذلك لا يطرأ من العيوب الدستورية التي قد تشوبها، ولا يعصمها من الطعن بعدم دستوريتهما -وفق ضوابط الشرعية الدستورية محددة على ضوء ما بيناه فيما تقدم، شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية التي تصدر في ظل الدستور القائم<sup>(٢)</sup>.

فلذا جاوز رئيس الجمهورية -فيما أصدره من أوامر- نطاق هذه الضرورة، تحين إبطال أوامره.

(١) من بين المخاطر الاقتصادية تشي البطالة وارتفاع معدل التضخم وانتشار الجوع.  
(٢) وفي ذلك تقول المحكمة العليا بحكمها الصادر في الدعوى رقم ٣ لسنة ١ قضائية "عليها" دستورية مجلسها المعقودة في ١٩٧١/٣/٦ بأن دستور عام ١٩٧١ وقف بنص المادة ١٩١ عند حد النص على استمرار نفاذها تجنباً لحدوث فراغ تشريعي يؤدي إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المرافق العامة، وبالمالكات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة للدستور فور صدوره. كذلك فإن النص على مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور، لا يطرأ مما قد يشوبها من عيوب، ولا يعصمها ضد الطعن بعدم الدستورية، شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل الدستور القائم. فليس مقولاً أن تكون التشريعات التي صدرت قبل العمل بالدستور في ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية متغيرة في أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التي استحدثتها، بدلاً عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات الصادرة في ظل الدستور، وفي إطار نظمه وأصوله المستحدثة، مع أن رقابة دستوريتهما أولى وأوجب إفس ١٩، ١٠ من الجزء الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة منذ إنشائها وحتى نوفمبر ١٩٧٦.

وانظر أيضاً حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم ٨ لسنة ٧ قضائية عليا "دستورية" الصادر عنها بجلستها المعقودة في ٧ من مايو ١٩٧٧ -قاعدة رقم ٤٧- ص ٥٨ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا منذ نوفمبر ١٩٧٦ وحتى تشكيل المحكمة الدستورية العليا.  
[ويراجع كذلك حكمها في القضية رقم ٥ لسنة ٧ قضائية عليا "دستورية" ص ١٤٧ من هذه المجموعة].

الفرع الثانيمولجيتها بالقانون

رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨

٥٥٣- يعتبر هذا القانون واحداً من أسوأ القوانين التي عرفتها الحياة التشريعية في مصر. وهو يبلور أخطر القيود على حقوق المواطنين وحرياتهم، وذلك من الأوجه الأكس بيانها:

أولاً: أن المصالح التي يجوز لرئيس الجمهورية التدخل لحمايتها بالتدابير الاستثنائية التي نص عليها هذا القانون، وحدها تفصيلاً عريضة في امتناعها، بعيدة في آثارها القانونية. فليس بشرط وفقاً لهذا القانون أن يكون الخطر داهماً -حالا- ولا أن يكون مفاجئاً. ذلك أن مجرد الإخلال بالأمن أو بالنظام العام، يكفي لتحقيق الخطر، ولو كان مداه محدوداً، أو كان خطراً متوقفاً.

ثانياً: لا تنحصر التدابير الاستثنائية التي يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها، وفقاً لهذا القانون، في تلك المنصوص عليها فيه. وإنما يجوز لرئيس الجمهورية أن يوسع من نطاقها لتشمل دائرتها حقوقاً جديدة يضيفها إلى الحقوق القائمة؛ فلا تكون الحقوق الجديدة غير حقوق يصطفها، متوسلاً في طلبها، بضرورتها لصون الأمن أو النظام العام.

يؤيد ذلك أن نص المادة الأولى من هذا القانون، تكمل نص المادة ١٤٨ من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية إعلان حالة الاستعجال على الوجه المبين في القانون؛ وقد حصر القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ هذه المخاطر في تلك التي يتهدد بها الأمن أو النظام العام، سواء في مصر كلها أو في أجزاء من إقليمها؛ وسواء كان مصدر هذه المخاطر خارجياً في صورة حرب أو تهديداً بوقوعها؛ أم كان داخلياً، كائتبار وباء؛ أو وقوع كوارث عامة؛ أو لأن اضطراباً داخلياً أحدثها.

ولا شبهة في أن صور المخاطر التي أشار إليها القانون وعددها، بجمعها أن من أثرها الإخلال بالأمن أو النظام العام. وهي بذلك مظاهر لهذا الإخلال لا تستغرق حالاته كلها، ولا تحيط بكل صورها.

يظل الأمن والنظام العام هما المصلحتان الوحيدتان اللتان يجوز لرئيس الجمهورية التدخل لصفوفهما وفقاً لأحكام القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨<sup>(١)</sup>.

وهما بعد مصلحتان تستوعبان كافة المخاطر -أياً كان نوعها أو مصدرها أو درجتها- إذا كان لها من صلة -أياً كان وجهها- باستقرار الدولة في أمنها وهذونها وسكبتها.

**ثالثاً:** وإذا أعلن رئيس الجمهورية حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨، فإن قراره في ذلك يجب أن يبين نوع المخاطر التي أرتأها كافية لإعلانها، والمنطقة الإقليمية التي تشملها الأوامر التي يصدرها لرد هذه المخاطر؛ وكذلك بدء سريان هذا الإعلان.

ويلاحظ أن هذا القانون وإن أزم رئيس الجمهورية بتجديد وقت بدء سريان حالة الاستعجال التي أعلنها، إلا أنه أعفاه من تحديد نهايتها -ولو بصورة تقريبية، وهو ما تفتق به مدة سريان حالة الاستعجال، إلى أن يقرر رئيس الجمهورية -في حدود سلطته التقديرية- زوال المخاطر التي تكفل بالتدابير الاستثنائية لقمعها. وفي ذلك مخالفة لنص المادة ٢/١٤٨ من الدستور التي تنص على أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محدودة.

#### الفرع الثالث

##### انتهاء حالة الاستعجال

٥٥٤- اختصاص رئيس الجمهورية بإنهاء حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨، يرد على المدة الأصلية لمريراتها، وكذلك على المدة التي أذن البرلمان بضمها إليها؛ كلما قرر رئيس الجمهورية زوال المخاطر التي أدت إلى إعلانها قبل اكتمال المدة الأصلية، أو المدة المضافة إليها.

ويقع إنهاء حالة الاستعجال في هاتين للحالتين، بقرار من رئيس الجمهورية.

وهو غير انتهائها بقوة الدستور، إذا لم يمرض القرار الخاص بإعلانها على السلطة التشريعية في الأجل التي حددتها المادة ١٤٨ من الدستور، أو عرض عليها ولم تقره.

(١) نشر القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بالجريدة الرسمية في ١٩٥٨/٩/٢٨. وقد عدل بالقانون رقم ٦٠ لسنة

١٩٦٨ ثم بالقانونين رقمي ٣٧ لسنة ١٩٧٢، ٥٠ لسنة ١٩٨٢.

### الفرع الرابع

#### خصائص التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية

٥٥٥- وتتسم التدابير التي يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي تخطر بالأمن والنظام العام، بما يأتي:

أولاً: جواز أن تشمل هذه التدابير مصر كلها أو أجزاء من إقليمها.

ثانياً: أن لرئيس الجمهورية في كنفها، سلطة إحداث حقوق جديدة غير التي نص عليها المشرع. لتصير قائمة الحقوق التي يملكها، غير متناهية. كذلك فإن اختصاص رئيس الجمهورية بتقرير حقوق جديدة يضيفها إلى سلطاته الاستثنائية بما يوسعها ويزيد من نطاق الدائرة التي تعمل فيها<sup>(١)</sup>؛ هو تفويض لرئيس الجمهورية -بغير نص في الدستور- في تقرير ما يراه من القواعد القانونية والتدابير العملية كإفلاخ إزهاق المخاطر التي يواجهها. لا يتقيد في ذلك إلا بوجوب عرض الحقوق الجديدة على السلطة التشريعية في أول اجتماع لها، لتقرها أو لترفض الإن من بها.

ثالثاً: أن الأوامر -الشفهية أو الكتابية- التي يصدرها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة الثالثة من هذا القانون، لها من اتساعها وشمولها ما يجعلها تنظم الحياة بكل أقطارها.

وهي تتسم في مجموعها بأنها تحيط بالأفراد في حقوقهم وحررياتهم؛ وأنها تقيد حرية تداول الأموال، وتكاد أن تعطل حركتها؛ وأنها تصادر على الأخص الحرية الشخصية في كثير من جوانبها. وليس لحرية التعبير معها غير وجود محدود. ومن ثم تتنوع هذه الأوامر في صورها؛ وفي محلها؛ وفي الأثر القانوني التي ترتبها.

وقد تصل في قوتها إلى حد مراقبة الرسائل جميعها والإطلاع عليها بغير إذن قضائي؛ وإلى مصادرة وسائل الاتصال والإعلان والدعاية؛ وإلى إغلاق محال ترويجها أو نشرها، ولو كان ذلك قبل نشر المطبوع أو المحرر أو الرسم.

فلا تكون السلطة الاستثنائية التي يصدر رئيس الجمهورية هذه الأوامر في تطلقها، غير سلطة مفترضة في ترحسها؛ خطيرة في عواقبها.

(١) للفترة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٥٨.

أ. فالأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية في شأن الأشخاص، تنال عادة من حريتهم في الاجتماع والتنقل؛ ومن إقامتهم في أماكن بذواتها، أو المرور عبرها، أو التردد عليها في زمن دون آخر. وقد تصدر هذه الأوامر بالقبض عليهم أو باعتقالهم أو بتفتيشهم دون تفيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية. وقد يكلفون أداء عمل من الأعمال في غير ضرورة.

ب. وفيما يتعلق بالمحال العامة، يجوز أن تحدد أوامر رئيس الجمهورية مواعيد فتحها وإغلاقها. وقد تصدر هذه الأوامر بإغلاق أنواع منها، كلها أو بعضها.

ج. ولرئيس الجمهورية أن يقرر الاستيلاء على المنقول أو العقار؛ وأن يفرض الحراسة على الأشخاص الاعتبارية؛ وأن يؤجل الوفاء بالديون التي تستحق على الأموال المستولى عليها، أو التي تفرض الحراسة في شأنها.

د. وقد يصدر في شأن ترخيص الأسلحة أو الذخائر أو المواد القابلة للانفجار على اختلالها، أوامر بسحبها وتسليمها وضبطها وإغلاق مخازنها.

رابعاً: وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يضمن الأمن أو النظام العام من خلال الأوامر التي يصدرها طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ - حتى لا يختل أو ينفرط<sup>(١)</sup>؛ إلا أن السلطة الاستثنائية التي يملكها - ارتكناً إلى هاتين المصلحتين - لها من اتساعها ما يؤذن بانفلاتها من كوابحها؛ ومن الانفراد بها ما يجطها قربة من السلطة المطلقة، وعلى الأخص لأن الرقابة القضائية على هذه الأوامر، كلما تصححها إلا بعد تنفيذها، ومن خلال الحق في التعويض عنها، وهو حق كثيراً ما يكون اقتضاؤه مترخياً، وأقل من أن يكون عادلاً.

خامساً: لرئيس الجمهورية أن يفوض من ينييه في مباشرة سلطاته الاستثنائية. ولا يجوز بالتالي أن يكون هذا التفويض مجسلاً. ولا أن ينقل السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية، بتمامها إلى من يفوض منها. إذ يعتبر ذلك نكولاً من رئيس الجمهورية عن النهوض بمسؤوليته السياسية في مواجهة المخاطر القائمة. ويزيد من خطورة الأمر أن القوات المسلحة - كذلك الشرطة - وهي هيئة مدنية نظامية عملاً بنص المادة ١٨٤ من الدستور - تتوليان تنفيذ الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية؛ وينظمان المحاضر الخاصة بمخالفات

(١) يلاحظ أن مفهوم النظام العام، يتسع لصور الأمن، إذ الأمن أحد العناصر التي يتطلبها ضبط النظام العام.

هذه الأوامر، ويعاونهما الموظفون والمستخدمون في تحريرها. وتفترض صحة كل واقعة أثبتتها هذه المحاضر، إلى أن يقوم الدليل على عكسها<sup>(١)</sup>.

وفي ذلك تقيض لاقتراض البراءة، وهو أصل يمتد إلى الدعوى الجنائية حتى الفصل نهائياً فيها، وإلى المراحل السابقة عليها، فلا يسقط هذا الافتراض بغير حكم يكون باتاً قاطعاً بوقوع الجريمة بكافة أركانها، وينسبها إلى شخص معين بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

سادساً : أن كل مخالفة للأوامر التي أصدرها رئيس الجمهورية، تكون عقوبتها هي المنصوص عليها فيها، وذلك دون إخلال بأية عقوبة أشد تقضى بها القوانين المعمول بها، وبشرط ألا تنص تلك الأوامر على عقوبة تجاوز قدرها، الحد الأقصى المقرر بنص المادة ٥ من قانون حالة الطوارئ<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم يستقل رئيس الجمهورية -وبما لا يخل بهذا الحد الأقصى- ببيان قدر العقوبة التي يستمبها لكل مخالفة حددتها الأوامر التي أصدرها.

وهي سلطة خطيرة يميها إطلاقها من القيود، وعدولها على الحرية الشخصية، من خلال عقوبة يفرضها رئيس الجمهورية، ويتصور تحقق الظو فيها بما ينأى ضوابط تناسبها مع الجريمة.

وليس للسلطة التشريعية من قول في شيء من ذلك، وإنما ينفراد رئيس الجمهورية في حدود سلطته التقديرية، بتحديد أركان كل جريمة تنص عليها الأوامر التي أصدرها، لينتقل الاختصاص بالتجريم، من السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية، فتقالا يكاد أن يكون كاملاً.

### الفرع الخامس

#### تقييم حالة الاستعجال

٥٥٦- لا يباشر البرلمان رقابة حقيقية على إعلان رئيس الجمهورية حالة الاستعجال، ولا على وقت سريان هذا الإعلان بما يؤذن بتحول سلطته الاستثنائية، من سلطة مؤقتة تدور

(١) مادة ٤ من القانون.

(٢) لا يجوز أن تزيد العقوبة التي تتضمنها الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية -وعلا بنص المادة ٥ من القانون- على الأشغال الشاقة المؤقتة أو على غرامة قدرها أربعة آلاف جنيه. فإذا لم تكن هذه الأوامر قد بينت العقوبة على مخالفة أحكامها، فيعاقب على مخالفتها بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر، وغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

مع المخاطر وجوداً وعمداً، إلى سلطة دائمة تلور نهجاً سلوكياً مطرداً، ولو كان تطبيقها مجاوزاً كل منطق.

وما يشهده حتى اليوم، هو أن الرقابة التي يفرضها البرلمان في شأن حالة الاستعجال وممتدتها، هي رقابة مظهرية لا فعلية، لأنها رقابة نظرية لا عملية في حقيقتها.

ذلك أن الأصل في المخاطر التي تواجهها حالة الاستعجال، هو حلولها لا تراخيها؛ وإضرارها بمصالح عريضة في جوهر ملامحها.

كذلك فإن الأصل في الرقابة البرلمانية أن يكون لها من حزمها ما يؤكد فعاليتها في تقرير مسؤولية رئيس الجمهورية -سياسياً- عن الأوامر التي أصدرها.

ولا كذلك خضوع الأغلبية البرلمانية للسلطة التنفيذية توجهها وتشلط عليها. فلا تدين إلا لها، لتحملها دوماً على إقرار تصرفاتها. فلا تفعل أكثر من دعم رئيس الجمهورية في موقفه من إعلان حالة الاستعجال، ومن الأوامر التي أصدرها، ومن نوع الجرائم التي أحدثها، ومن تدابير القبض والاعتقال التي اتخذها.

بل إن الرقابة البرلمانية -حتى مع الافتراض فعاليتها- تكون غائبة تماماً خلال الفترة الواقعة بين حل السلطة التشريعية وأول اجتماع لها بعد تشكيلها الجديد.

٥٥٧- وإذا كان الأصل هو ألا ييسط المشرع نطاق التدابير التي يخولها لرئيس الجمهورية وقت سريان حالة الطوارئ بما يحتم أو يقيد بصورة خطيرة حقوق المواطنين وحرياتهم، ولا أن يضيّقها بما يعجز رئيس الجمهورية عن مواجهة أوضاع استثنائية لها متطلباتها المنطقية. فقد تبين أن تكون معقولة هذه التدابير، شرطاً أولياً لموازنة الضرورة الملحة باحتياجاتها.

٥٥٨- وفي مجال تقييم حالة الاستعجال، يتعين أن يلاحظ.

أولاً: أن إقرار السلطة التشريعية إعلان حالة الاستعجال أو زيادة منتهى يجب أن يحصل على موافقة أغلبية خاصة من بين أعضائها.

ولا كذلك الأغلبية المطلقة للحاضرين منهم التي تنقل كثيراً عما يلزم لإقرار تدابير استثنائية في طبيعتها، مترامية في آثارها.

ثانياً: أن حق رئيس الجمهورية في أن يحيل جرائم القانون العام، إلى محاكم أمن الدولة - الاستثنائية في تشكيلها وإجراءاتها ومصير أحكامها - يناقض حق مرتكبيها في المثل أمام قاضيه الطبيعي. وهو قاض لا يعد في تحديده بإدارة المشرع ولو حدد سلفاً أنواع القضايا التي عهد بها إلى الجهة القضائية التي عينها، وإنما هو قاض يكون مهيناً أكثر من غيره بالفصل في القضايا التي يختص بها - لا لأن المشرع عهد بها إليه، وإنما على ضوء طبيعة هذه القضايا وما يلائمها من أوضاع تخصها وتتصل بها، لتكون هذه الطبيعة وتلك الأوضاع، عنصراً موضوعياً فيها يميزها عن غيرها<sup>(١)</sup>.

ومن ثم يكون نص المادة ٦٨ من الدستور، قيداً على السلطة التشريعية، ويفترض فيها أن تنزل على فواء. في مجال تحديدها لمفهوم القاضي الطبيعي، وإلا تعين إبطال كل قانون يصدر عنها بالمخالفة لهذا المفهوم.

كذلك فإن الأصل في جرائم القانون العام، أن تكون المحاكم المدنية هي قاضيها الطبيعي. فإذا انتزع رئيس الجمهورية جانباً من هذه الجرائم، وأحالها إلى محاكم أمن الدولة لتفصل نهائياً فيها، كان ذلك تمييزاً غير مبرر بين مواطنين تتحد مراكزهم القانونية التي تقوم على وحدة مكوناتها. والتي تفرض خضوعهم بكل فئاتهم، للقضاء عينهم.

#### وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا:

<<إن الناس جميعهم لا يميزون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عينها؛ ولا في فعالية ضمانات الدفاع التي يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التي يدعونها؛ ولا في اقتضاها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها. وإنما تكون للحقوق عينها قواعد موحدة في مجال طلبها؛ وتحصيلها؛ والطعن في الأحكام التي تتعلق بها.

ولا يجوز بالتالي أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمييزاً غير مبرر في شأن إعمال هذه القواعد، بما يعطلها لفرق من بينهم أو يقيدها<sup>(٢)</sup>>>.

(١) انظر في مفهوم القاضي الطبيعي - القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٩٥/٨/٥ - قاعدة

رقم ٧ - ص ١٠٦ وما بعدها من الجزء السابع من مجموع أحكامها.

(٢) الحكم السابق ص ١١٣، ١١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ثالثاً: أن ما تنص عليه المادة ٨ من قانون حالة الطوارئ، من تحويل رئيس الجمهورية -فى المناطق الخاضعة لنظام قضائى خاص، أو بالنسبة إلى قضايا بذواتها ويحددها- سلطة إسناد الفصل فيها إلى دوائر أمن دولة يتم تشكيلها بكامل أعضائها من الضباط، مع تقيدها بالقواعد الإجرائية التى نص عليها رئيس الجمهورية فى أمر تشكيلها، يناقض قاعدتين أرسنهما المحكمة الدستورية العليا.

أولهما: أن انتزاع رئيس الجمهورية قضايا بذواتها من المحاكم المدنية التى تختص أصلاً بالفصل فيها، وإسناد نظرها إلى محاكم أمن الدولة التى ليس لها ضماناتها، يعتبر تَخْلاً فى شئون السلطة القضائية التى تعبض بيدها على القضايا التى تدخل فى اختصاصها، فلا يكون توزيعها فيما بين محاكمها إلا عملاً دخلياً لا يجوز لجهة دخيلة عليها أن تتقدم نفسها فيها<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: أن التنظيم الإجرائى للخصومة القضائية، وإن كان لا يفترض وحدة الأشكال الإجرائية التى تصاغ الخصومة فيها، إلا أن المحكمة الدستورية العليا تقم قيداً جوهرياً على حرية المشرع فى اختيار البدائل الإجرائية لتنظيم الخصومة القضائية، وذلك بنصبها على أن تعدد الأشكال التى يقتضيها إنفاذ حق النقاضى، لا يجوز أن يخل بأية ضمانات جهرية تمثل إطاراً حيويّاً لصون الحقوق على اختلافها، بما يرد العنوان عنها من خلال قواعد قانونية يكون إنصافها حثلاً دون تعنيفها على أحد<sup>(٢)</sup>.

هاتان القاعدتان اللتان تجيزان تنوع الأشكال الإجرائية للخصومة القضائية، وتمنعان تدخل السلطة التنفيذية فى أية خصومة قضائية حلو من خلال إعادة توزيعها للقضايا- لتفصل فيها جهة غير التى تختص أصلاً بنظرها، تكملهما قاعدة ثالثة مؤداها أن كل خصومة قضائية لا يفصل فيها غير قاضيتها الطبيعى، ولو كان هذا الفصل واقعاً فى إطار الأوضاع الاستثنائية. ذلك أن عرض كل خصومة على قاض يكون أقرب من غيره لأوضاع ومتطلبات الفصل فيها، من القواعد الأولية التى فرضتها الأمم المتحضرة فى توصلها مع بعضها البعض، وفيما تقيده به نفسها من الضوابط التى تلتزمها فى سلوكها، فلا يكون إهدارها أو التخلي عنها، مقبولاً.

(١) و(٢) دستورية عليا-للقضية رقم ٣٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٢/٢/٩٩٥ -قاعدة رقم

١٤- ص ٢٤٧ من الجزء السابع من أحكامها.

ولا شبهة في أن أية محكمة يشكلها المشرع من الضباط وحدهم، تنبؤ بخصائصها هذه، عن مفهوم القاضي الطبيعي.

ذلك أن أعضاءها لا يمثلون إلا السلطة التي يدينون لها بالولاء، ويتلقون منها تعليماتهم. وهي سلطة وإن كانت غير مدنية؛ إلا أن المشرع عهد إليها بالفصل في أية مخالفة يرتكبها مدنيون للأوامر التي أصدرها رئيس الجمهورية. وهو ما يبلور كذلك عدولنا خطيراً على استقلال السلطة القضائية وتجردها.

رابعاً: أن ما تنص عليه المادة ٣٢ من قانون حالة الطوارئ من أن الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة، لا تكون نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية، مؤداه أن تصير السلطة التنفيذية شريكاً في أعمال السلطة القضائية، بما يجيز إعادة النظر فيها وتحويل بنيتها.

وما يقال من أن هذا التصديق يتدخل في العمل القضائي، وتلحقه بالتالي الصفة القضائية لهذا العمل<sup>(١)</sup>؛ مردود بأن العناصر التي تتدخل مع بعضها، تفترض توافقها فيما بينها بما يجعل لتدخلها متصوراً.

ولا كذلك سلطة التصديق، التي يتولاها رئيس الجمهورية أصلاً، والتي لا تلتزم بخصائصها، وطريقة تكوين الحكم القضائي باعتباره فاصلاً بصورة محايدة، ووفق قواعد قانونية محددة سلفاً، في خصومة محورها الحقوق المتنازع عليها بين أطرافها.

خامساً : وما تنص عليه المادة ١٤ من قانون حالة الطوارئ من أن لرئيس الجمهورية عند عرض الحكم عليه أن يبدل العقوبة المقررة بها بما هو أقل منها؛ وأن يخففها؛ وأن يلغى أية عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية؛ وأن يجعل العقوبة -كلها أو بعضها- موقوفاً تنفيذها؛ وأن يلغى الحكم مع حفظ الدعوى الجنائية، أو مع الأمر بإعادة محاكمة المتهم أمام دائرة أخرى؛ كل ذلك يناقض ما هو مقرر دستورياً من أن السلطة التنفيذية لا يجوز أن تجهض حكماً قضائياً قبل صدوره؛ ولا أن تقرر إنهاء آثاره بعد النطق به؛ ولا أن تعطل لكمال تنفيذها.

(١) قررت المحكمة الدستورية العليا في حكمها في القضية رقم ٩ لسنة ١ قضائية "دستورية" الصادر عنها في جلستها المقودة في ١٩٨١/٧/٧ المنشور في ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة أحكامها- أن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي، تعتبر جهة مستقلة عن جهتي القضاء العادي والإداري، وأن اعتماد مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي لقراراتها لا يعيبها، وإنما يتدخل في عمل اللجنة القضائية وتلحقه لزوماً الصفة القضائية لقراراتها، وهو ما نراه محل نظر.

ولا أن تحور بنیان العناصر التي قام عليها ولا أن تعيد تشكيلها في صورة جديدة؛ ولا أن تكمل أجزاء قصر في رتبها عن أن يحيط بها؛ ولا أن تزيل بنفسها ما اعتراه من غموض؛ ولا أن تفرض فهمها على فحواه. شأن السلطة التنفيذية في ذلك، شأن السلطة التشريعية التي كفل الدستور استقلال السلطة القضائية في مواجهتهما؛ وحظر تدخل إحداها في شأنونها أو تعويق أعمالها أو تحريفها، وكفل لأحكامها -ولو لم تكن نهائية- حجيتها، فلا تسقطها السلطة التنفيذية أو التشريعية بعمل من جانبها<sup>(١)</sup>.

٥٥٩- وتردد المحكمة الدستورية العليا ذلك بقولها :

<<على السلطة التنفيذية بوجه خاص ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قراراً قضائياً قبل صدوره، أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنفيذاً كاملاً.

وليس لعمل تشريعي أن ينقض قراراً قضائياً ولا أن يحور الآثار التي رتبها، ولا أن يعدل من تشكيل هيئة قضائية ليؤثر في أحكامها. ذلك أن موضوعية خضوع السلطة القضائية للقانون يفترض استقلالها لضمان حصول من يلوثون بها على الترضية القضائية التي يطلبونها لرد عدوان على حقوقهم أو هرياتهم. كذلك لا نقل حديثها شأناً عن استقلالها، إذ هما عنصران فاعلان في صون رسالتها، بما يؤكد تكاملهما<sup>(٢)</sup>>>.

سادساً: وتحليل نص المادة ١٤ من قانون حالة الطوارئ، مؤداه أن لرئيس الجمهورية أن يفعل بالأحكام القضائية ما يشاء، يبقها أو يلغيها أو يحلها أو يعتمدها، كل ذلك في إطار سلطة تقديرية لا قيد عليها، وهي سلطة بصير بها خصماً وحكماً في شأن الأوامر التي أصدرها.

فالمخالفون لهذه الأوامر يقدمون إلى محاكم أمن الدولة بدرجةيتها الجزئية والعالية. وهي متصل في جرائمهم بما لا يدخل بالقواعد الإجرائية الخاصة التي نص عليها قانون حالة الطوارئ، وأهمها خضوع أحكامها للتصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية، وإمكان تحويله لبدليها من خلال مباشرته لسلطة التصديق التي لا تجرد فيها، علي تقدير أن المصدق يعتبر طرفاً في الأوامر المنتظم منها أمام هذه المحاكم. وهو ما يناقض المادتين ١٦٥ و ١٦٦ من

(١) "دستورية عليا" -طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٥ قضائية- جلسة ١٩٨٨/٤/٢- من ٣٧٧ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) "دستورية عليا" -التفسير رقم ٣٤ لسنة ١٦ قضائية- قاعدة رقم ٤٩- جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- من ٧٦٩ و ٧٧٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الدستور اللتين تفترضان في العمل القضائي ألا يصدر عن نزعة شخصية تبلور أهواء النفس أو عثراتها.

٥٦٠- ويظل المضمون الحق لكل قانون، مرتبطاً بكيفية تطبيقه، وإن تعين القول بأن الشرعية الدستورية لا شأن لها بالدوايا الشخصية للقائمين على تنفيذ القانون. وإنما للنصوص التي احتواها -في مضمونها وأثرها القانونية- هي التي يجب تقييمها من منظور اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

سابعاً: ليس ثمة قانون ألدح خطراً على حقوق المواطنين وحرياتهم، من قانون حالة الاستعجال التي نراها قائمة في مصر حتى اليوم لا تفارقها في ألبها وضحاها، وكأن مصر مسجاة لهذا القانون، ولو قيل بأن تطبيقه مقصور على عتاة المجرمين والإرهابيين.

ذلك أن دوام حالة الطوارئ في مصر يناقض حقيقة أن مخاطر الإخلال بالأمن أو بالنظام العام، لها طبيعة استثنائية وعرضية في آن ولحد Exceptionnelle et transitoire؛ وأن حالة الاستعجال تبلور خطراً جسيماً يهدد للدولة ذاتها، سواء في وجودها أو تواصل بقائها كالغزو والعصيان والمجاعة والوباء. أو بتعبير أدق، حالة تنجم عنها مخاطر لها بأسها، وتتأزم بها الأوضاع القائمة، بالنظر إلى علو هذه المخاطر في طبيعتها الاستثنائية، Highly exceptional، وضرورة مواجهتها بالتدابير الكافية لتخطيها<sup>(١)</sup>.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها: بأن الأصل في حالة الطوارئ أن يكون إعلانها لمواجهة نذر خطيرة تتهدد بها المصالح القومية. وقد تقال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها أو سلامتها لمخاطر داهمة<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة ٤ من الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية. وشبه بها قانون كندى يعرف حالة الاستعجال على النحو الآتي:

L'état d'urgence est une situation de crise causée par des menaces envers la sécurité du Canada d' une gravité telle qu'elle constitue une situation de crise nationale.

(٢) "دستورية عليا" الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية "تفسير" -قاعدة رقم ١- ص ٦٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

### الفرع السادس

#### موقف القانون المقارن من حالة الاستعجال

٥٦١- تلك حالة الاستعجال في مصر -لتي لا انقطاع في تواصل حلقاتها- فهل تنفق شريعتها والمفاهيم السائدة بين الدول.

أ. وهل يتفق قانون حالة الاستعجال -مكانها الأصل في الأوضاع التي نعيشها، لا الاستثناء منها، وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من أن الدول أطرافها- إذا دهمها خطر طرأ عليها بما يهدد حياة أمتها<sup>(١)</sup>، The life of the nation لأن تتخذ لرد هذا الخطر عنها، تكدير تخرج بها على التزاماتها المقررة بمقتضى هذا العهد، بشرط أن يكون الإعلان عن هذا الخطر قد تم رسمياً، وأن تصدر هذه التدابير عنها، بما لا يجاوز قدر الضرورة التي تقتضيها مواجهة الأوضاع الطارئة عليها To the extent strictly required by the exigencies of the situation وبمراعاة ألا تفل تلك التدابير بالتزاماتها التي تفرضها عليها قواعد القانون الدولي العام، وألا يكون دافعها الوحيد إلى اتخاذها، تقرير تمييز يقوم في مبناء على الأصل الاجتماعي أو العرق أو اللون أو العقيدة أو اللغة أو الجنس<sup>(٢)</sup>.

ب. كذلك فإن نص المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، وإن خول كلا من الدول أطرافها -في حالة الحرب أو الخطر العام الذي يهدد حياة شعبها- الخروج على

(١) لا تعلن حالة الاستعجال في كندا إلا من قبل الحكومة المركزية، ولمخاطر قومية، وهي حالة وإن لم ينص الدستور عليها، إلا أن القضاء يقول بلاندرجها ضمن قواعده. وهي تخول البرلمان سلطات واسعة يتدخل بها في اختصاصات المجالس التشريعية للمقاطعات. ويغضون ذلك بأن المصالح الذاتية للمقاطعات، تنقلب إلى مصالح مجمعة للحكومة المركزية

Gerald - A- Beaudoin, Constitution du Canada, 2 e Tirage, revisee, 1991, p.138.

(٢) ووفق على هذه الاتفاقية، وفتحت للتصديق عليها والانضمام لها بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 A (XXI) في ١٩٦٦/١٢/١٢ ويلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة الرابعة منها تقضى بأن طرء الأخطار المشار إليها في فقرتها الأولى لا يجيز الخروج على أحكام المواد ٦ ، ٧ ، ٨ منها. وهي في مجملها تتعلق بحق الإنسان في الحياة، وبامتناع تنفيذ عقوبة الإعدام -في الدول التي تجيزها- في غير أكثر الجرائم خطورة؛ وحظر تنفيذها على الحوامل؛ وعدم جواز توقيعها على من هم دون الثامنة عشرة؛ وكذلك حظر الإبادة الجماعية العرقية؛ أو فرض عقوبة أو معاملة قاسية أو مهينة للإنسان، بما في ذلك حظر تعذيبه وإسرقاقه، وأشكال التعامل في الأشخاص على اختلافها Slave-Trade وإجراء تجربة طبية أو علمية عليه، بغير رضاه.

للتزاماتها المنصوص عليها في هذه الاتفاقية؛ إلا أن هذه الاتفاقية تلزمها بالألا تظل في الوقت ذاته بأحكام مواد الاتفاقية ٢٠/٤١ التي تمنعها من استبعاد الأشخاص، أو تعذيبهم، أو تقرير قوانين جنائية بأثر رجعي، أو إهدار الحق في الحياة، ما لم يكن إزهاقها قد نجم عن أعمال حربية مشروعة.

بما موداه أنه حتى في الأحوال التي يكون فيها الخطر ماحقاً، فإن ثمة قيوداً لا يجوز أن تسقطها السلطة التنفيذية في مواجهتها لهذا الخطر، حتى مع تزايد استنفاتها في الأوضاع الاستثنائية التي تحيط بها.

ج. وتفرض الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، قيوداً مماثلة على السلطة الاستثنائية التي تكفلها هذه الاتفاقية للدول أطرافها في زمن الحرب، أو الخطر العام، أو غير ذلك من الأوضاع الطارئة التي تهدد أمنها واستقلالها. ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٢٧ من تلك الاتفاقية لم تجز الخروج على أحكامها حتى مع تحقق هذه المخاطر، إلا بقدر الضرورة التي يقتضيها دفعها، وبشرط ألا تنقض التدابير التي تتخذها لرد تلك المخاطر، للتزاماتها الأخرى التي ترضها عليها قواعد القانون الدولي العام؛ وألا تقوم على تمييز يرتكز على العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو العقيدة، أو الأصل الاجتماعي.

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من الاتفاقية المشار إليها، على أن الحق في الشخصية القانونية والحق في الحياة، وفي التحرر من الرق، وفي سريان القوانين الجنائية بأثر مباشر، والحق في اعتناق أية عقيدة، وفي تكوين أسرة، والحق في الاسم، وحقوق الطفل، والحق في الجنسية، والحق في الإسهام في العمل العام، والحق في الانتفاع بكل ضمانات قضائية تقتضيها حماية هذه الحقوق جميعها، لا يجوز وقفها<sup>(١)</sup>.

### الفرع السابع

#### اختصاص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يحيلها إليها رئيس الجمهورية

#### بعد إعلان حالة الطوارئ

٥٦٢- ويلاحظ أخيراً أن الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بعد تعديلها بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠- وإن خولت رئيس الجمهورية متى أعلن حالة الطوارئ، أن يحيل إلى القضاء العسكري أياً من الجرائم التي

(١) هذه الحقوق منصوص عليها في المواد ٢٣، ١٩، ١٨، ١٧، ١٦، ١٥، ١٤، ١٣، ١٢، ١١، ١٠، ٩، ٨، ٧، ٦، ٥، ٤، ٣، ٢، ١ من الاتفاقية.

يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر؛ وكانت المحكمة الدستورية العليا -وفي نطاق اختصاصها- بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً- قد قررت أن ما قصده القانون بتلك الفقرة، هو جواز إحالة كافة الجرائم المشار إليها فيها سواء كانت هذه الجرائم محددة بنوعها تحديداً مجرداً، أم كانت معنية بنواتها بعد ارتكابها فعلاً<sup>(١)</sup>؛ إلا أن قرار المحكمة الدستورية العليا في ذلك، لم يكن فصلاً في تعلق هذه الفقرة أو خروجها عن الدستور، بل اقتصر نطاق هذا القرار على تحديد ما توخاه المشرع منها على ضوء عباراتها والأعمال التحضيرية التي قارنتها.

وبتحديد المحكمة الدستورية العليا لهذا القصد على النحو المتقدم، يفتح طريق إبطال حكم المادة ٢/٦ من قانون الأحكام العسكرية. ذلك أن التفسير التشريعي للصادر عن المحكمة الدستورية العليا في شأن الفقرة المذكورة، مؤداه جواز أن يحيل رئيس الجمهورية كافة الجرائم -بما فيها جرائم القانون العام- إلى قضاء استثنائي بطبيعته لا تتولف فيه ضمانات الحيدة والاستقلال، ولا القواعد المنصفة التي تتم على ضوئها محاكمة المتهمين المائلين أمام المحاكم العسكرية. فلا يكون إسناد هذه الجرائم إلى هذه المحاكم، غير خروج مباشر على نص المادة ٦٨ من الدستور التي تخول الناس جميعهم، حق اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي...

(١) دستورية عليا -الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية- تفسير "قاعدة رقم ١-ص ٤٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

### المبحث الرابع

#### ضوابط الرقابة على الدستورية في حالة الخطر العام

٥٦٣- ترتبط حالة الاستعجال بوجود مخاطر شديدة الوطأة Dire، أصيلة Genuine في ماهيتها؛ لا متوهمة أو زائفة Subterfuge في مظاهرها؛ غير مستطاع توقعها أو دفعها -بالنظر إلى عنصر المداومة فيها، وعمق آثارها- بالوسائل القانونية المعتادة لتتصير فرصها -سواء في طبيعتها أو توقيتها- عن أن توفر للدولة وسائل الدفاع الملائمة عن كياناتها أو مؤسساتها.

ويتعين بالتالي أن تأخذ جهة الرقابة على الدستورية في تقييمها لهذه الحالة، بمعيار حد التقدير The margin of appreciation.

ذلك أن الدول جميعها لا تواجه للمخاطر التي تعرض لها، إلا من خلال تقدير مبدئي يصدر عنها في شأن عنصرين:

أولهما: وجود هذه المخاطر في حقيقتها، وخصائصها، ومداها.

ثانيهما: ما يناسبها من التدابير للتخلص منها.

ويفترض في هذا التقدير المبدئي -بخصريه- أن يكون منطقيا، وهو يكون كذلك إذا كان واقعا في حدود تقتضيها ضرورة رد هذه المخاطر على أعقابها. ولا كذلك أن يكون هذا التقدير قائما على الاندفاع أو التهور أو الأهواء. وإنما هو تقدير موضوعي مبناه حقائق قائمة تشهد بها الأوضاع الماثلة -لا في كل تفصيلاتها- وإنما في العريض من خطوطها؛ وفيما هو ظاهر من ملاحها، وإمراعاة أمرين.

أولهما: أن موضوعية المخاطر، تقتض وجودا واقعا لعناصرها؛ وتقديرا متوازنا لوجه إضرارها باستقرار الجماعة، أو دوام حياتها المنظمة. ويفترض ذلك تعاضم هذه المخاطر، وإحداقها، وعمق آثارها.

ثانيهما: أن تقابل هذه المخاطر بتدابير استثنائية لها من تنوعها، ومرونتها، وحزمها، ما يكفل إجهاضها، أو يحول دون تفاقم أضرارها.

ومن غير المتصور بالتالي اللجوء إلى سلطة استثنائية لا ضابط لها، لمواجهة مخاطر قائمة يكون دفعها بالوسائل القانونية المعتمدة كافياً. وهو ما يقتضي العمل بالتدابير الاستثنائية في أضيق الحدود التي تقوم بها الضرورة الملحة التي تزيد وطأتها عما يكون من صور الحظر مألوفاً أو متداولاً<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر من ذلك مقالة عنوانها:

Judicial Review of State derogations from human rights obligations in International treaties.

-International  
Institute of Human Rights Society, New Delhi, Human Rights Year - Book 1993,  
Released by Dr. Awad El Mor (Chief justice of The Supreme Constitutional Court of  
Egypt) Edited by P.H. Parekh.

### الفصل الثالث

#### سلطات الحرب الاستثنائية والرقابة على مستوريتها

##### المبحث الأول

##### خطورة الحرب والاختصاص بإعلانها

٥٦٤- لا تبقى الحرب ولا تذر. ولكنها تأكل الأخضر واليابس. تكفر بنتائجها وجوه، وتعلو جباه. وليس مثل أهوالها شيء. ذلك أن دائرة للتدمير التي تشملها غير متناهية، سواء كان للتدمير نصيباً أو مادياً. والحقوق التي تهدرها، والدماء التي تريقها لا ينفصلان عن آثارها. ومخاطرها تحيط بكل ما حولها، وليس الحق دائماً في جانبها.

وكثيراً ما يكون الدخول فيها تعالياً بالقوة في غطرسها؛ واستحداً من بعض الدول لأهوالها في فرض كلمتها على الآخرين. فلا تكون حروبها غير تعبير عن نزواتها وإنكار للحق في الحياة، وكلها من خلقها.

ولأن للحرب آثاراً خطيرة بالنظر إلى مساسها المباشر بأمن الوطن؛ وكان إعلانها يعنى القبول بشرورها، وتحمل نتائجها، والتعويض عن أضرارها، وعلى الأخص ما اتصل منها بأموال المواطنين وحرياتهم؛ وكان خسارتها مؤداه أن يفرض المنتصرون كلمتهم، فقد ارتبط شئها بالسلطة التي حولها المتمور هذه الولاية.

وتفصح الحقائق العملية وكذلك النصوص القانونية المنظمة لاختصاص إعلان الحروب، عن أن الدول تنقسم في ذلك إلى عدة فرق: إحداها: أن رئيس الجمهورية هو الأكثر والأكفاً على تقييم الأوضاع الدولية التي يتصل بقرار إعلان الحرب بها. وتولي ثانيها: حق هذا الإعلان للسلطة التشريعية بنفسها ودون غيرها، على تقدير أن مصادر الثروة في بلد ما ودعاء أبنائها، لا يجوز أن ينفرد بتقرير مصيرها شخص واحد هو رئيس الجمهورية، وإن كان ذلك لا يخل بحقه في أن يتخذ منفرداً كل تكبير يراه ضرورياً لمواجهه هجمة مفاجئة على بلده. ولرئيس الجمهورية كذلك أن يعمل منفرداً إذا لم تكن السلطة التشريعية منعقدة. ذلك أن حالة الحرب حالة واقعية يتعين أن يواجهها رئيس الجمهورية بالتدابير الملائمة<sup>(١)</sup>. فلا تبقى

(١) The Prize Cases, 2B1. (67U.S.)635, 669(1863); See also, The Protector, 12 Wall. (79U.S.) 700-702 (1872).

الأعمال العدائية المتخذة ضد بلده، أو ضد المواطنين فيها، أو ضد مصالحهم التجارية في البحار، بغیر رد.

وتحرص ثالثها: على أن يكون قرار إعلان الحرب محصلة توافق أو اتفاق فيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية على شأنها، توخيا للحصول على أكبر قدر من الإجماع على تحمل مسئوليتها ومواجهة مخاطرها. ويعد رابعها: بهذا الاختصاص -على الأقل في الدول الفيدرالية- إلى مجلس الشيوخ بها، على تقدير أنه لعل عددا من مجلس النواب، وأكثر حكمة. ولأن الولايات غالبا ما تكون ممثلة فيه بصورة متكافئة بما يرعى مصالحها.

٥٦٥- وفي مصر تنص المادة ١٥٠ من دستورها، على أن رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى لقواتها المسلحة، وهو يعين الحرب بعد موافقة السلطة التشريعية.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يتولى الكونجرس -لا رئيس الجمهورية- إعلانها عملاً بالفصل الثامن من المادة الأولى من الدستور الفيدرالي التي تخول للكونجرس كذلك، تكوين الجيوش ودعمها Raise and Support Armies من خلال رصد الأموال اللازمة لها لفترة لا تزيد على سنتين. وللكونجرس كذلك الحق في تكوين وصون الأسطول، وأن ينظم الميليشيا ويسلحها ويعمل على ضبط نظامها. وهو يدعوها لتنفيذ قوانين الاتحاد، ولحق كل عصابة أو تمرد، وسلطته في ذلك عريضة في اتساعها إلى حد تجويزها في زمن الحرب، القوانين التي تعتبر مخالفة للدستور في زمن السلم. ذلك أن هذه السلطة لا تتناول بالتنظيم مسائل تدخل عادة في اختصاص الولايات الأعضاء في الاتحاد. وهي تتخذ لتحقيق ذلك، ما تراه من القوانين الملائمة والضرورية (١) The proper and necessary clause.

(٢) M.Farrand, The Records of the Federal Convention of 1787 (New Haven: rev.ed. 1937), 313.

وقد دافعت أصول قليلة عن أن الاختصاص بإعلان الحرب، كان يجب أن يعهد به إلى رئيس الجمهورية الذي لن يشن حرباً إلا إذا كانت الأمة تؤيده فيها.

### المبحث الثاني

#### الواجبات التي تفرضها الحرب على الدولة

٥٦٦- ولما كانت الجهة التي لخصتها الدستور بإعلان الحرب، فإن إعلانها يقتضيها أن توفر الأوضاع الأفضل التي يقتضيها الدفاع عن الوطن. وعليها بالتالي أن تعمل جاهدة على أن يتهيأ لجيوشها على اختلافها، لكثير الوسائل القتالية كفاءة؛ وأفضل الفرص لإدارة عملياتها الحربية، وأن تتعامل مع الأوضاع التي لفرزتها الحرب حتى بعد انتهاء الأعمال العدائية، وأن يكون ذلك كله موكولا إلى حكمته وحسن تقديرها. وبمراعاة أن سلطتها التقديرية في ذلك لا تقتصر على مجرد قهر الغزاة ورد العصاة على أعقابهم، ولكنها تحصل في أعطائها وبالضرورة- حق الاستغفار بما يحول دون تجدد القتال<sup>(١)</sup>؛ وكذلك سلطة مواجهة الشرور الناجمة عن الأعمال القتالية، ليس فقط اعتبارا من بنائها وحتى انتهائها. وإنما كذلك لتعويض المضطربين عما تلحق من نتائجها بعد انتهاء القتال.

ذلك أن إعلان الدولة حربا على غيرها، يخولها كامل سلطاتها التي يدرج تحتها اتخاذ كل إجراء وتبني يؤثر في عملياتها، ويوجهها. فلا ينحصر مذهبها في سحق الغزاة والمتمردين، ولا في ردع عن حدود الدولة الإقليمية. وإنما تتسع سلطاتها لمهام الدفاع عن الوطن بكل صورها؛ بما في ذلك تجهيز الجيوش وتنظيمها وتسليحها، وصون ممتلكاتها القتالية وتطويرها، وضمان تنفّذها في توقيتاتها على مسرح القتال، وتحقيق أمن أفرادها من أية مخاطر يكون النزق أو الإهمال سببها، ولا تقتضيها الأعمال الحربية في ذاتها، ولا الطبيعة العرضية لأثارها.

ويتصل بضرورة التجهيز للحرب، ودعم وسائل وفرص الفوز بها، أن القوات المسلحة قد تعلن عن حاجتها لبعض المتطوعين للعمل في وحداتها، وعلى الأخص في قواتها ووسائل دفاعها الجوية بالنظر إلى ما طرأ من تطور خطير على صناعة الطيران الحربي، والقدرة الفائقة للطائرة الحربية على إطلاق قذائفها بدقة متناهية وإمكان اعتراضها هي والطائرة التي تحملها قبل أن تصل أهدافها؛ وتعد وسائل الدفاع جوا، وتطور شبكتها، والقوة المدمرة لصواريخها.

وإذا تفاضل القوات المسلحة بين هؤلاء المتطوعين، فذلك لاختيار أفضل العناصر من بينهم، بالنظر إلى ملكاتهم العقلية وإمكاناتهم البدنية وجرائئهم وحزمهم وثباتهم وهندسهم

(١) Stewart v. Kahn, 11 Wall. (78 U.S.) 493 (1871).

أعصابهم، وسرعة تصرفهم في التعامل مع الأوضاع الحربية المتغيرة، وقدرتهم على اتخاذ قرار حاسم بشأنها قد يؤثر في مصيرها.

ومن ثم تكون مهاراتهم (Skill) وطريقة أدائهم لواجباتهم، Performance؛ وسرعتهم في اتخاذ القرار Speed، وثباتهم Reflexes وقوة أعصابهم Nerves وجراتهم Guts، وصفاء ذهنهم Brains؛ شرطاً لاستخدامهم.

لا تمييز في ذلك بين الرجل والمرأة. إذ الجدارة بكافة عناصرها، هي التي تقدم بعضهم على بعض، وهي التي تتوافر بها عناصر للتفرد التي يتفاضل بها بعض المتزاحمين على الوظيفة على بعض، ليكون مناط أولويتهم في شغلها، تفوقهم Excellence من جهة قدر استعدادهم Readiness وتأديبهم Preparedness وصلابتهم Strengh ومرونتهم Flexibility. ودون ذلك يكون التمييز بين الرجل والمرأة غير مشروع، ومخالفاً للدستور.

٥٦٧- ويظل ثابتاً أن الاستعداد للحرب زمن السلم، هو أقصر الطرق وأوثقها لضمان تجنبها The surest means of avoiding war, is to prepare it in peace.

ذلك أن القوة لا تردعها إلا قوة توازيها أو ترجحها، فلا يكون التنازل بين قوتين غير تقدير لعناصر التوازن أو للتفاضل بينهما.

وفي ذلك ضمان لإجهاض نوازع الشر قبل استفحالها، والتعبير عنها من خلال حروب هجومية أو دفاعية.

وعليه بالتالي أن تتخذ للحرب أهبتها، وأن تنهياً لمواجهتها إذا اضطرم أوارها. ولا يتحقق ذلك إلا من خلال وسائل تكال لها المنعة والغلبة. ويندرج تحتها، تشييدها الطرق السريعة، ونشر شبكتها وضمان تواصل خطوطها؛ وتوافر بدائلها؛ والعمل على استثمار الطاقة النووية لاستخدامها في الأغراض السلمية والحربية على سواء؛ وإنشاء سدود لاحتجاز مياه الأنهار بقصد توليد الكهرباء منها؛ ورصد الأموال الضخمة لتطوير البرامج التعليمية وتحديثها؛ واقتحام علوم الفضاء، وحفز المواطنين على الإقبال عليها. ذلك أن للدول جميعها حقاً رئيسياً في أن تتخذ كافة التدابير التي تؤمن بها وجودها.

### المبحث الثالث

#### الآثار التي تترتبها الحرب على حقوق الأفراد

٥٦٨- وصح القول بالتالي بجواز الحد من حقوق الأفراد بقدر الضرورة التي تليها الأوضاع الحربية، كغرض قيود على الأسعار وأجور المساكن، وتقليص الوسائل الإجرائية التي ينازع الأفراد من خلالها في مشروعية بعض أعمال الحكومة. إذ من المفترض في كل مواطن أن يقبل في خضم الحرب الشاملة التي يعيشها، التضحية ببعض حقوقه كحقوق الملكية، وأن يتحمل صعباً لا تقل عن تلك التي بنوء الجنود بها في حومة الوغى، والتي قد يفقدون حياتهم بسببها<sup>(١)</sup>. بل إن سلطة الدولة في إقصاء غير المواطنين عن إقليمها وقت الأعمال الحربية، تكاد أن تكون كاملة<sup>(٢)</sup>.

ولا مخالفه في القيود التي تفرضها حالة الحرب أو إعلانها للدستور، بشرط ارتباطها عقلاً بأهدافها.

فالذين يستثيرون الجماهير ويحرضونها على عصيان الحكومة بمناسبة حرب أعلنتها، وكذلك الذين ينامضون الأعمال الحربية وينادون بوقفها، إنما يؤثرون بأقوالهم التي يروجونها في عضد المقاتلين، فلا يحميها الدستور. ولو كانت مثل هذه الأقوال جائزة في زمن السلم بالنظر إلى إعاقتها الأعمال الحربية، وتقويضها عزيمة للمحاربين<sup>(٣)</sup>.

ويتعين بالتالي على جهة الرقابة على الدستورية، أن تبطل كل قانون لا تظهر فيه صلة منطقية بين القواعد الاستثنائية التي أتى بها، وبين مخاطر الأعمال الحربية ومتطلباتها.

فإذا كان هذا القانون جنائياً؛ وكان مشوباً بالغموض بما يجهل بأحكامه، فلا يفقهها أوساط الناس، ولا يتقنون بالتالي على دلالتها. بل يتخطون في فهمها وفيما قصده المشرع منها، فإن دائرة التجريم تخطط بأفعال لا شبيهة في مشروعيتها، بما بصم هذا القانون بمخالفة الدستور، ولو تنزع المشرع بأن حرباً قائمة لها متطلباتها؛ وأن ذلك القانون ما أقر إلا في نطاق الضرورة التي أملتتها. ذلك إن حقوق للمواطنين وحرياتهم الجوهرية، لا يجوز الإخلال

(١) Hamilton v. Kentucky Distilleries and Warehouse Co., 251 U.S. 146 (1919); Lichter V. United States, 334 U.S. 742, 779 (1948).

(٢) Fila Fiallo v. Bell, 340 U.S. 787 (1977).

(٣) Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325 (1920); See Schenck v. United States, 249 U.S. 47, (1919); Debs v. United States 249 U.S. 211 (1919).

بضماناتها<sup>(١)</sup>، ويندرج تحتها حظر تعذيبهم، أو إلقاء عقوبة عليهم بأثر رجعي؛ ولوعن جرائم حدد المشرع أركانها بما لاخفاء فيه.

كذلك فإن سوقهم إلى دائرة الاتهام في غير جريمة تقتضيها الضرورة الاجتماعية، يقيد من حريتهم دون مقتض. ولا يجوز كذلك حتى في الأوضاع الاستثنائية، معاملتهم بما لا يحفظ عليهم كرامتهم.

وفي الدول الفيدرالية، يتعين للتمييز من جهة بين مصالح قومية لا تخص ولاياتها، وليس لها من شأن بها، ولا تعتبر مقطوعة من اختصاصاتها التي كانت تباشرها قبل انضمامها إلى الاتحاد؛ وبين الشؤون المحلية التي تدخل أصلاً في اختصاص ولاياتها - كل في نطاق إقليمها - من جهة ثانية.

ذلك أن نولى الحكومة المركزية الشؤون القومية التي تنفرد بتصرفها؛ وتكف عن وحدها على مسؤوليتها؛ وتنظمها بتشريعاتها، دون الشؤون المحلية التي تنفرد بها ولاياتها، مسرده أن هذين النوعين من الشؤون مختلفان مصدراً، وطبيعة.

وما يقال من أن الحكومة المركزية لا يجوز أن تباشر من الحقوق غير تلك التي عدتها نصوص الدستور الفيدرالي واختصتها بها Enumerated rights بصريح ألفاظها؛ وكذلك ما يندرج ضمنها Implied rights في إطار اختصاصاتها المصرح لها بها، مما يكون ملائماً وضرورياً لإعمال مقتضاها Laws necessary and proper to Carry these express powers into execution، لا يصدق إلا على الشؤون المحلية التي ما كان للحكومة المركزية أن تباشر بعض جوانبها، لو لم يكن الدستور الفيدرالي قد لقطعهما من ولاياتها بعد قبولها النزول عنها، كائر لانضمامها إلى بعضها البعض، في إطار وحدة فيدرالية تجمعها.

ولا كذلك الشؤون القومية التي ليس لولاياتها من دخل بها، ولا وجه لتدخلها فيها، إذ هي التي تحفظ للدولة الفيدرالية تماسكها، وتكفل انضمامها إلى أسرة الدول.

(١) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في ذلك:

Even the war power does not remove constitutional limitations safeguarding essential liberties.

انظر في ذلك:

Home Building and Loan Asso. v Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934)

ومن ثم كان منطقياً أن تتفرد الحكومة المركزية بمباشرة حقوق السيادة فى الشؤون الخارجية. وهى حقوق يندرج تحتها إعلان الحرب وشنها؛ والجروح إلى السلم؛ وإبرام أية معاهدة دولية تربطها بغيرها من الدول؛ وصون علاقاتها الدبلوماسية معها؛ وامتتاع تدخلها فى شئونها.

وهذه الشؤون القومية التى تظل حقاً منفرداً للحكومة المركزية، لا تتلقاها عن الدستور الفيدرالى، ولكنها تتفرد بتصريفها بالنظر إلى تطورها بالسيادة الخارجية التى تملكها وتحيط بها، ولو لم يعد الدستور الفيدرالى لها بها.

ذلك أن حقوق الدولة الفيدرالية فى هذا النطاق تماثل -على طبيعتها- الحقوق المقررة لغيرها من الدول الأعضاء فى الجماعة الدولية. وهى ترتد -فى مصدرها- إلى قواعد قانون الأمم The Law of Nations التى تحكم علاقاتها بغيرها من الدول.

وإذ كان ما يتعلق بالشؤون القومية، إنما يدخل فى الاختصاص المنفرد للدولة الفيدرالية بحكم انتمائها إلى أسرة الأمم؛ فإن إعلانها حرباً على غيرها من الدول، وإن كان شأناً قومياً تتولاه بغير نص فى الدستور، إلا أن تصديها للحقوق الفردية لمواطنيها فى ولاياتها، وتنظيمها لها بعد هذا الإعلان، بما يقدها؛ مؤداه انتزاعها جانباً من اختصاص ولاياتها فى الحدود التى يقتضيها تنظيم هذه الحقوق.

#### ٥٦٩- ويتصل بالحرب وسلطانها أمران على قدر كبير من الأهمية:

أولهما: أن إعداد الجيوش للمهام القتالية على اختلافها، ليس مما يجوز التهاون فيه. وعلى السلطة التشريعية منفردة أو بالتعاون مع رئيس الجمهورية، أن تتخذ كافة التدابير -بما فى ذلك توفير الموارد المالية الكافية- التى تعينها على بلوغ قواتها المسلحة غاية الكمال فى تنظيمها وضبطها وتجهيزها للقتال حتى لا تتعرض خطأها، أو تفتل قدراتها. ولا يخل ذلك بحقها فى دعوة الميليشيا وتنظيمها وتسليحها. بل إن هذا الحق يعتبر تابعا للحق فى تنظيم جيوشها وإعدادها كي تكون أعز نفراً، وأمتن عدة، وأفضل تدريباً، ولشد شكيمه.

ولا يجوز بالتالى أن يقاُص المواطنون عن الاضرار فيها وفقاً للقانون. وإنما يلزمون جميعهم بالالتحاق بها إذا توافرت فيهم شروط تخراطهم فيها، Sanctioned

Compulsory Military Service، ولو ناقض فرض الجندية عليهم، حق آبائهم في توجيههم أو توليهم لشئونهم وإشرافهم عليها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن المجندين يتساوون في أهليتهم ونكاثتهم لحماية أوطانهم. ولا يعتبر حملهم على العمل في إطار خدمتهم الإلزامية بها، من قبيل الارتفاق أو السخرة. ذلك أن حظر الارتفاق والسخرة لا يتوخى غير ضمان الحرية في حماية حكومة قادرة لا يتصور بعد تجريدها من سلطاتها الحربية التي ترد بها الحوان عن إقليتها، أن تكون قادرة على حماية مواطنيها من الاستعباد. وعليهم بالتالي أداء الخدمة التي يقتضيها واجبهم في الدفاع عن وطنهم في مواجهة المحن التي يتعرض لها، ولو كانت هذه الخدمة استثنائية في طبيعتها<sup>(٢)</sup>.

ويظل أداء الخدمة العسكرية واجبا إلزاميا على المطلوبين لها، ولو كان لبعضهم وجهه للاعتراض على خوض القتال بالنظر إلى وجهة نظر فلسفية يستصوبونها، أو لأن عقيدتهم الدينية تمنعهم من أدائها، سواء بالنسبة إلى حرب بذاتها أو في الحروب جميعها. Conscientious Objectors

ذلك أن واجبهم في الدفاع عن الوطن، يتقدم معتقداتهم جميعها، إذ ليس لأحد حقا من الدستور A Constitutional Right في التخلي عن وطنه وقت الشدة حتى مع صحة القول - وهو صحيح- بأن لخصائص السلطة التشريعية بتنظيم أوضاع العسكريين -الذين يختلف مجتمعها عن المدنيين- عريض الانتماع شديد المرونة<sup>(٣)</sup>، وأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تحيل إلى حسن تقدير السلطة التشريعية Deference to Legislative Judgment في مجال تنظيمها لشئون العسكريين وضبطها لنظامهم ودعمها لقواتهم تجهيزا وتسليحا وتمويلا .

(١) نظرت بعض الولايات في أمريكا إلى التجنيد الإجباري باعتباره منطوقا على نوع من الارتفاق مقرر جبرا ضد المواطنين الذين يدعون إلى الخدمة بالمخالفة للتعديل الثالث عشر للدستور الأمريكي الذي يقضي بأنه لا يجوز استعباد أو فرض ارتفاق على أي شخص في الولايات المتحدة أو في الأماكن الخاضعة لولايتها، ما لم يكن ذلك عقابا على جريمة حوكم الشخص عنها وفقا للقانون. انظر في ذلك ص ٣١٣ من مؤلف عنوانه دستور الولايات المتحدة الأمريكية -تحليل وتفسير، أعدته خدمة الكونجرس البحثية- مكتبة الكونجرس واشنطن طبعة ١٩٩٦.

(٢) Butler V.Perry, 240 U.S.328,333 (1916); See also United States v.O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

وفي هذه القضية الأخيرة أقرت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قائلوا يحظر على المطلوبين للتجنيد تمزيق بطاقات استدعائهم للجندية.

See also, Rostker v.Goldberg, 453 U.S.57,59 (1981).

(٣) Parker V.Levy, 417 U.S. 733 (1974).

وصح بالتالي حمل هؤلاء المعارضين على أداء الخدمة العسكرية التي يرفضونها، وإن جاز للسلطة التشريعية -التي تقر تشريعاتها وفق السياسة التي ترتأبها- أن تتسامح مع الذين ينفرون من القتال عقيدة -لا تخاذلا- على تقدير أن ذلك من الرخص التي تملكها في حدود سلطتها التقديرية التي تخولها كذلك حرمان المقاتلين من حمل مواد أو أوراق تؤثر في ولائهم أو تخل بنظامهم أو تقوض قيمهم الخلقية<sup>(١)</sup> أو تدعوهم إلى عصيان الأوامر<sup>(٢)</sup>.

ولها -فضلا عما تقدم- أن تمنعهم من للتظاهر أو للدفاع في وحدتهم عن مذاهبهم السياسية<sup>(٣)</sup>؛ وأن تحدد كذلك سن الأشخاص الذين يقبلون في للخدمة العسكرية وقواعد توزيعهم، ونطاق حقهم في التعويض عن خدمتهم.

وإحالة جهة الرقابة على الدستورية إلى حسن تقدير السلطة التشريعية في وزنها لاحتياجات الجيوش والأسطول، هي التي دعته إلى الحكم بدستورية تشريعاتها التي تقتصر الخدمة العسكرية على الرجال دون النساء بالنظر إلى الطبيعة الخاصة والمتفردة للنظم العسكرية، التي لا يطعها غير ضبط النظام في الوحدات القتالية، والارتفاع بقوة عزيمتها وضمأن تماسكها خلقيا ومعنويا وماديا.

ثانيهما: أن شُرور الأعمال الحربية وويلاتها لا تقتصر على المضار المترتبة على خوض معاركها؛ ولكنها تترأخي أحيانا -بالنظر إلى تطور مخاطر الأعمال الحربية في معطياتها المعاصرة- لمنين عديدة بعد انتهائها.

وهي تلحق بالتنمية الداخلية على الأخص، أضرارا عميقة إزاء توجيه الموارد جميعها -ما كان منها ماديا أو بشريا- للمجهود الحربي، سواء وقت التمهيد للأعمال الحربية أم بعد بدايتها وحتى نهايتها.

ولو جاز للسلطة التشريعية أن تتدخل بتشريعاتها لتضمد كافة الجراح التي نكأتها الأعمال الحربية -لمنين عديدة بعد انتهائها- وأن تلجأ في ذلك إلى الحقوق المفرطة في مظاهرها، والتي تخولها إياها سلطاتها في الحرب -وهي غامضة في ماهيتها، و تخومها، أو الدائرة الحقيقية التي تعمل فيها- لصار بوسعها أن تبأثر سلطة استثنائية في طبيعتها في غير الأحوال التي رصدها الدستور عليها، استثمارا منها لهذه السلطة في غير موجباتها،

(١) Greer v. Spock, 424 U.S. 828 (1976).

(٢) Parker v. Levy, 417 U.S. 733 (1974).

(٣) Rostker v. Goldberg, 453 U.S. 57 (1981).

ولإبقاء من جهتها على حالة حرب لم يعد لها من وجود، من خلال بسطها إلى آفاق لا تسعها، بما يناقض الأغراض المقصودة منه<sup>(١)</sup>.

فلا تكون التدابير التي تتخذها الهيئة النيابية بعد انتهاء الأعمال الحربية، غير ركوز من جانبها لسلطاتها الاستثنائية التي خولتها إياها حرباً خاضها الوطن وانطفاً ليهيها.

ولن تحكمها في هذه التدابير غير العاطفة الوطنية التي لا تزال متقدة جذوتها حتى بعد انتهاء الأعمال الحربية.

وعادة تكأثر جهة الرقابة على الدستورية بهذه العوامل الوطنية عند تقييمها دستورية القوانين المطروحة عليها، فلا تزنها بالقسط، وإلما تميل معها وإليها لتخطو بها نحو بر الأمان، بما في ذلك تعاملها في تقييم مشروعية القيود التي فرضتها على مواطنيها، ولو تحقق ذلك في الدول الفيدرالية من خلال انتزاع سلطاتها التشريعية المركزية، جانباً من الحقوق التي يدخل تنظيمها أصلاً في اختصاص ولايتها.

وبعداً عن العاطفة الوطنية، فإن جهة الرقابة للقضائية عن الدستورية، كثيراً ما تتردد في تقييم التدابير الاستثنائية التي تواجه بها الدولة حرباً تخوضها، إما لاعتبار يتعلق بالتحجوط في مباشرة هذه الجهة للقضائية لولايتها؛ وإلما لعدم رغبتها في مباشرة هذه الولاية في مواجهة تدابير غير مألوفة لها؛ وإلما لأن السلطة التشريعية أو التنفيذية هي الأكثر على تقييم ملاءمة هذه التدابير؛ وإلما بناء على هذه العوامل جميعها.

#### ٥٧٠ - ويتعين بالتالي أن نوزن بين أمرين :

أولهما: أن الآثار الخطيرة عواقبها، الناجمة عن الأعمال الحربية بعد انتهائها، لا يجوز تركها على حالها حتى لا تتفاقم.

ثانيهما: أن تنظيم الأعمال الحربية في بنائها وحتى انتهائها، بل وإلى ما بعد عودة المقاتلين إلى وطنهم وإلقتهم لأسلحتهم؛ وإن كان شأناً قومياً؛ إلا أن استعمال الهيئة النيابية لسلطاتها الاستثنائية - التي لا تملكها أصلاً إلا في خضم حروبها ويمناستها - لتنظيم أوضاع خلفتها بعد انتهائها، لا يجوز القبول به إلا لفترة قصيرة نسبياً، حتى لا تؤول سلطاتها

(١) انظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Jackson في قضية:

Woods v. Cloyd W. Miller, Co. 333 U.S. 138 (1948).

الاستثنائية هذه، إلى حقوق دائمة تتسلط بها على مواطنيها، وتقيد بها حرياتهم، فلا ينفكون منها.

وعلى ضوء الموازنة بين هذين الاعتبارين، يتعين على جهة الرقابة عن الدستورية، أن تنظر من جهة إلى العلاقة المنطقية بين نتائج الأعمال الحربية ودرجة خطورتها على المصالح القومية إذا لم تتدخل السلطة التشريعية لمعالجتها من جهة، وإلى نوع ونطاق التدابير التي اتخذتها لمواجهة مضار هذه الأعمال من جهة ثانية، وأن تمحص بالتالي كل حالة على حدة على ضوء ظروفها ومتطلباتها. فالمقاتلون الذين يعودون إلى الوطن بعد تمريضهم، قلما تتوافر لهم فرص العمل المواتية، أو تنهأ لهم أماكن يستظلون بها ويفنون إليها لإيوائهم فيها.

إذا تدخل المشرع لإنهاء بطالتهم، وضمنان مكانهم، كان ذلك شأننا وثيق الصلة بالسلامة القومية في أبعادها الداخلية؛ لا يقل أهمية عن ضرورة صونها من المخاطر الخارجية التي تهددها، والتي قد تعجز الدولة أحيانا عن مواجهتها، بغير إعلانها حربا على الطامعين فيها، بعد أن تعد لها القوة التي تستطيعها لإزهاقهم وإزهاق باطلهم.

والسلطة التشريعية أن تقرر القواعد التي تعيد للحكومة على ضوءها، النظر في العقود التي أبرمها المتعاقبون معها، من أجل ترويض الجيش والأسطول باحتياجاتهما، وأن تقتطع من أرباحهم التي حققتها هذه العقود، ما يزيد على معدلاتها المنطقية.

ذلك أن السلطة التشريعية، وإن كان من اختصاصها أن توفر لقواتها المسلحة ضرورتها التي تعينها على القتال، إلا أن شرط ذلك أن تحصل عليها بالوسائل الضرورية والملائمة. فلا يخضع المتعاقبون مع الدولة من الحرب التي أعلنتها، طريقا إلى الانتهاز للحصول بسببها على غنائم طائلة لا مبرر لها. ولا يعتبر تفويض الحكومة في إعادة النظر في تلك العقود، والتفاوض عليها من جديد، مخالفا للدستور. ذلك أن كل سلطة لها أصل من قواعد الدستور، تفيد بالضرورة إمكان التفويض فيها بما يحقق أغراضها؛ ويكفل فعاليتها.

ويبدو ذلك جليا على الأخص بالنسبة إلى سلطة الحرب التي تتمتع الهيئة التتابعية في نطاقها بسلطة تقديرية واسعة تخولها بالضرورة اختيار أفضل البدائل لإعمال مقتضاها.

كذلك فإن سلطة الحكومة في استرداد الأرباح المغالي فيها التي حصل عليها، أو التي سيجنيها المتعاقبون معها بمناسبة الأعمال الحربية أو بسببها، لا تعتبر من قبيل الاستيلاء غير المشروع على أموالهم؛ ولا هي افتراء للملكية الخاصة لغرض عام بغير الوسائل القانونية

المليمة؛ ولا هي عقوبة توقعها الحكومة عليهم؛ ولكنها أكثر شديدا بمسلطتها في التدخل في الأسعار أثناء الأعمال الحربية، لتحديد ألقصاها. وهي قريبة كذلك من الضريبة المتصاعدة التي تقتضيها على الدخول المرتفعة إلى حد لقطاع جزء هام منها يزيد بطبيعته على الحدود المقبولة للدخل<sup>(١)</sup>.

٥٧١- وللسلطة التشريعية -وبحكم مسئوليتها عن صون المصالح القومية لبلادها زمن الحرب- أن تفرض رقابتها على أسعار السلع، وأجرة الأملكن في النطاق الداخلي؛ وأن توفو لأصحابها عائدا معقولا لحقوق الملكية عليها. ولا يعتبر ذلك إخلالا منها بشرط الوسائل القانونية للمليمة<sup>(٢)</sup>.

وكما كان الجزاء على مخالفة القيود التي فرضتها على هذه الأسعار وتلك الأجرة، جنائيا، فإن تشريعاتها المقررة لهذا للجزاء، يتعين أن تصاغ بما لا يجهل بمضمونها، أو يشير الغموض حول حقيقة نواهجها. ولا يكفي بالتالي أن ينص القانون على أن الأجرة والأسعار المسموح بها، هي تلك التي لا مغالاة فيها. ذلك أن حد المغالاة هو مجاوزة حدود الاعتدال، وكلاهما تعبير غامض لا يحدد بصفة قطعية نطاق الأعمال التي أتمها المشرع، ولا يكشف بما لا خفاء فيه، عن حقيقة أوصافها.

وفما يتعلق بالسلع التي تنتم بقلة للمعرض منها في الأسواق؛ فإن ترشيد استهلاكها Rationing لضمان حصول السكان جميعهم على الحد الأدنى لاحتياجاتهم منها، يكون حقا للسلطة التشريعية التي لها كذلك أن تفوض رئيس للجمهورية في هذا الاختصاص. ولا يعتبر هذا التفويض مخالفا للدستور.

ذلك أن مباشرتها لسلطاتها الاستثنائية العريضة في اتساعها زمن الحرب؛ هو إعمال من جانبها لسلطاتها التقديرية التي تكفل بها لأمتها أدق مصالحها، وتؤمن من خلالها حياتها. بل إن سلطاتها في ذلك تكاد أن تكون كاملة، شأنها شأن سلطاتها البوليسية التي ترعى من خلالها الأوضاع الصحية لمواطنيها، وتكفل بها سلامتهم، وقيمهم الخلقية.

ويتعين بالتالي استثناء كل قرينة تؤيد دستورية تشريعاتها في هذا المجال؛ ولو كان سرعانها بعد انتهاء الأعمال العدائية.

(١) Renogtiation Act of 1951, 65 Stat. 7 as Amended.

(٢) Woods v.Cloyd W.Miller Co., 333U.S.138(1948).

ومن المحقق كذلك، فإن اختصاص السلطة التشريعية بتقرير القواعد القانونية التي يلتزم مواطنوها بها -فى نطاق جهودها لضمان تقدم الأعمال القتالية، وبلوغ الأغراض المقصودة منها- قد يقتضيها منهم من التجول فى مناطق بذواتها أو إجلاتهم عنها<sup>(١)</sup>.

فلا يدخلونها، أو يقرّبونها، أو يبقون فيها، أو يرتكبون عملا بها، وإلا حق عقابهم إذا كانوا يعلمون أو كان ينبغي عليهم العلم بحقيقة هذه المناطق، وبسائر التدابير الاستثنائية التى تحيطها<sup>(٢)</sup>.

على أن الاختصاص بحظر تجول المواطنين فى بعض المناطق أو إجلاتهم عنها، لا يخول السلطة التشريعية ولا التنفيذية، لأن تأمر باحتجاز مواطنين لم يصدر فى شأنهم اتهام بالعصيان أو بالمروق عن الولاء لوطنهم.

ذلك أن احتجازهم على هذا النحو -لفترة تزيد عما يكون ضروريا للتحقق من سلوكهم- يعتبر عملا منطويا على حرمانهم من الوسائل القانونية السلمية التى يقتضيها تحقيق دفاعهم. وكذلك من حريتهم فى التنقل والعمل، وإخلالا باقتراض براعتهم، فلا يكون الإصرار عنهم إلا حقا مستوريا.

(١) ومن ذلك منع الأشخاص الذين هم من أصل يابانى، Of Japanese ancestry من التجول فى مواطنها الغربية. ورغم أن المحكمة الفيدرالية العليا أبسدت هذا الحظر، إلا أن قضائتها Roberts, Murphy, Jackson, اعترضوا عليه على أساس أنه يشمل بأحكامه المواطنين والأجانب، وأنه يقيم تمييزا عسمرى لا أساس له من الدستور، ويحرم الأمريكيين من أصل يابانى- من الحماية القانونية المتكافئة الملتصوص عليها فى التعديل الخامس للدستور. وهو كذلك يمنهم من العمل والتوطن فى الأماكن التى يختارونها، ومن التحرك بحرية فى وطنهم الأمريكى. وقد جردهم هذا الحظر كذلك من الوسائل القانونية السلمية التى يستطيعون من خلالها عرض وجهة نظرهم فى شأن ذلك الحظر. ولكن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أجازت احتجاز هؤلاء اليابانيين وإعادة ترطينهم وذلك فى قضية.

Korematsu.v.United States,323U.S.214 (1944).

(٢) يحدد قادة الجيوش عادة -كل فى نطاق سلطته الميدانية- المناطق المحظورة التجول فيها أو التى يظن المواطنون منها. وقد يحددوا رئيس الجمهورية -بصفته قائدا أعلى للقوات المسلحة- أو يحددها وزير الدفاع إذا فوض فى ذلك.

### للمبحث الرابع

#### اختصاص رئيس الجمهورية في مواجهة الأعمال العدائية

٥٧٢- ويختص رئيس الجمهورية -وباعتباره القائد الأعلى للقوات المسلحة- بتوجيهها في تحركاتها، واستخدامها بالتكتيفية التي يقدر ملامعتها لتحقيق أهدافها، من إرهاب القوازة ومطاردة قواولهم حتى حدود دولتهم، أو فيما وراءها.

ومن ثم تكون القوة المسلحة، هي اليد التي يبطش بها إرهابا لأعداء بلده، ولحصار مدائنهم وقطع طرق إمداداتهم، واختراق خطوطهم الخلفية، وللحصول على كافة الحقائق عن تجمعاتهم ومصادر قوتهم وكيفية توزيعها، وحركاتها، وخططها التي أعدتها للغزو، وكذلك عن شخصية القادة الذين يديرون معاركها وميولهم والحرافاتهم. وسلطته في ذلك واسعة تصل إلى حد عزله لقادة جنته وإحلال آخرين محلهم.

ذلك أن تحقيق القوات المسلحة لمهامها القتالية على أتم وجه، يفترض خضوعها لرقابته، وكذلك سيطرته على كافة الموارد الاقتصادية التي تنبثقها بلده، وأن يفرض حظرا على دخول أماكن حسدها، وأن تعين أن يأخذ موافقة السلطة التشريعية على بعض هذه التدابير أو كلها، أو أن يحصل منها على تفويض بإجرائها إذا كان الاختصاص بها أصلا داخلا في ولايتها.

وما نقرره أحيانا جهة الرقابة على الدستورية من أنها لا يجوز أن تحل تقديرها محل تقدير رئيس الجمهورية في التدابير التي اتخذها، ولا أن تتناقض حكمها؛ ولا أن تعارض حريته في المفاضلة بين البدائل، واختيار أنسبها وأفضلها لدعم المجهود الحربي؛ لا يجوز أن يؤخذ على إطلاق.

ذلك أن صون حقوق المواطن وحرياته الأساسية، ضرورة لا يجوز التفريط فيها حتى في زمن الحرب. والقول بأن حوائج الأعمال الحربية أو متطلباتها، تقتضي انتزاع المواطنين من ديارهم وحملهم على تركها -ولو بصفة مؤقتة- أو احتجازهم وإعادة توطينهم في غير أماكنهم الأصلية؛ مردود بأن رئيس الجمهورية لا يجوز أن يقيم هذه التدابير أو ما يماثلها على نوازع عرقية -أو بناء على غيرها من صور التمييز بين المواطنين التي لا يجوز القبول بها- وحصر عنها إنصافها؛ شأن رئيس الجمهورية في ذلك شأن قادة الجيوش فيما يتخذونه من تدابير.

ولا يجوز بالتالي أن تركز السلطة القضائية في اعتمادها لهذه التدابير -وما هو على منوالها- على أنها لا يجوز أن تحل نفسها محل تقدير قادة الجيوش، ولا أن تناقش صوابهم فيما فعلوه، ولا حكمهم فيما أمروا به. ذلك أن الحقائق التاريخية تشهد في مجموعها، بأن ثمة قواعد جهرية تحكم إدارة الأعمال الحربية، وأن من يوجهون هذه الأعمال كثيرا ما تخفّسوا وراءها لإساءة استعمال سلطاتهم، وأن احتجازهم بعض الأشخاص كان في كثير من صورته، بغير مبرر.

ويتعين على السلطة القضائية بالتالي إخضاع هذه التدابير لرقابتها باعتبارها وسائل لتحقيق أغراض تستهدفها الأعمال الحربية.

فإذا لم يكن لهذه التدابير من صلة بأهدافها الرئيسية، بل ألحقتها رئيس الجمهورية أو معاونوه عليها، لتفرض عن الدائرة التي رصدتها الدستور إطلار لها، فإن إطلالها لمخالفتها الدستور، يكون واجبا.

٥٧٣- ويظل ثابتا أن الحرب بسلطاتها الاستثنائية، عارض بطراً على الدولة. وعليها بالتالي أن تنقذ في مباشرتها لسلطاتها هذه، بالضرورة التي أملتها، حتى لا تتحول سلطاتها العرضية المقيدة بدواعيها، إلى حقوق دائمة منفصلة ضوابطها.

ويتعين دائما أن يؤخذ في الاعتبار أن التدابير بوجه عام سرفي إطار نكتها في حصن تقدير السلطتين التشريعية والتنفيذية لطبيعة ونطاق المخاطر التي تهدد الوطن- تمنحان هاتين السلطتين حرية كبيرة في مجال تقييم المخاطر في أصلها ومداهما، وكذلك فيما يعتبر من التدابير التي يتخذونها لمواجهة هذه المخاطر، لأسباب لإجهاضها أو لحد من تفاقمها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن سلطة الدولة في اتخاذ هذه التدابير، لا تنفصل عن واجبها فسي العمل بكل طاقاتها على صون وجودها. ولها في هذا النطاق، أن تعتمد كل تدبير تراه ضروريا<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز لها بالتالي في غير الحرب الفعلية -كالجرب الباردة- أن تعتقل أفرادا لمجرد انتمائهم إلى حزب يعارضها، ولا أن تمنعهم من تولي وظيفة فسي منشأة دفاعية. بل إن حرمانهم من العمل، يفرض عليهم الخيار بين انتزاع الحق فيه، وبين حرمتهم فسي التعبير والاجتماع للدفاع عن الآراء التي يؤمنون بها. وهو خيار سيئ لمخالفته للدستور، خاصة إذا

(١) Parker V. Levy, 417 U.S. 733, 758 (1974).

(٢) Ex parte Milligan, 4 Wall. (71 U.S.) 2 (1866).

كان الحرمان من العمل، من الاتصاع، ليشمل الذين يهددون الدولة من خلال الأفكار الهدامة التي يروجونها، ويعملون على تحطيم للدولة من خلالها؛ وغيرهم ممن يعتقدون أفكارا تعارضها، ولا يعادونها أو يهدونها.

### المبحث الخامس

#### تقييم وسائل مباشرة سلطة الحرب

٥٧٤- ويتعين أن يكون واضحاً أن إعلان السلطة التنفيذية أو التشريعية أو بالتضام بينهما، حرباً على دولة أخرى، ليس مجرد إفصاح عن النوايا قبلها، وإنما هو ابتداء وانتهاء ضماناً لشنها وتوجيهها بوسائل معتدرة، وبالطرق الأفضل لتحقيق نتائجها المرجوة.

وصح القول بالتالي بأن ما لا يكون مقبولاً دستورياً من القوانين في زمن السلم، قد يكون موافقاً للدستور إذا أقرتها السلطة التشريعية بمناسبة الأعمال الحربية أو بسببها، وأن أوجه الحماية التي يكفلها الدستور لحقوق الأفراد وحرياتهم تقتضي معاملة مختلفة وقت الأعمال الحربية، وفي سياقها The Military Context.

وأية ذلك أن بعض صور التمييز التي تعتبر منها زمن السلم لمخالفتها للدستور؛ هي ذاتها التي تعتمد - أحياناً - جهة الرقابة على الدستورية إذا اقتضتها الأوضاع الحربية وفرضتها متطلباتها.

فالتمييز بين المواطنين تبعاً لأصلهم غير جائز أصلاً. ولكن المحكمة العليا الفيدرالية أقرت دستورية قانون صدر عن الكونجرس يخول الحكومة احتجاز وإعادة توطين اليابانيين المقيمين في الساحل الغربي للولايات المتحدة الأمريكية، بالرغم من أن هؤلاء اليابانيين صاروا من مواطنيها بعد ميلادهم فيها. وكان سندها في ذلك، أن هذا القانون، توخى منعهم من أعمال التجسس وغيرها من الأعمال التخريبية Sabotage وكذلك صون الشواطئ الغربية للولايات المتحدة الأمريكية من احتمال هجوم معاد من اليابان عليها، وعلى أساس أن هذا القانون كان متماشياً مع الخطر المائل، شأنه في ذلك شأن غيره من القوانين التي تقرضها الأوضاع الحربية وتقتضيها. فلا تكون القيود التي تقرضها جهة الرقابة على الدستورية على الهيئة النيابية في زمن السلم، غير الوجه المقابل لإطلاق سلطاتها الاستثنائية زمن الحرب، بقدر توخيها الأغراض المقصودة من الأعمال الحربية<sup>(١)</sup>.

(١) Korematsu v. United States, 323 U. S. 214, 220 (1944); See also, Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, second edition, p. 355.

والحكم الصادر عن المحكمة العليا في هذا الموضوع منقذ، ذلك أن مجرد احتمال وقوع أعمال عدائية من اليابان على الساحل الغربي للولايات المتحدة الأمريكية، لا يبرر اعتقال أو احتجاز مواطنين لمجرد أنهم من أصل ياباني. وكان بوسع الدولة أن تقيّد تنقلاتهم، وأن تمنعهم من الاقتراب من مناطق معينة تحدها. فضلاً عن أن الإجراء المتخذ ضد الأمريكيين من أصل ياباني، لم يتطوّر من يائوسون منهم الحكومة أو يهددها.

وفى ذلك يقول Laurence H. Tribe أن النظرة القضائية لسلطات الحرب باعتبارها غير محدودة في مداها - وخاصة أثناء الحرب ذاتها - هي التي تقدم في النهاية، أكثر الدعايم قوة للرقابة الصارمة التي تفرضها السلطة القضائية على السلطة التشريعية من أجل حملها على تنفيذ الحقوق الخاصة زمن السلم.

فإذا لم تقم السلطة القضائية بواجبها في تنكير السلطة التشريعية بالتزاماتها الدستورية حين يكون بوسعها أن تنبئها إلى ضرورة النزول عليها، فإن الأكل احتمالاً هو أن تكبح السلطة التشريعية زمام نفسها بيدها إذا كان احتماء المحاكم بصمتها هو خيارها العملي الوحيد<sup>(١)</sup>.

The judicially illimitable character of war powers, especially during war itself, is ultimately one of the strongest arguments for strict judicial enforcement of private rights in peacetime. If the judiciary does not remind congress of its constitutional obligations when such reminder is possible, it is less than likely that congress will remember to restrain itself when the courts see no practical alternative to silence.

(١) Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, Second edition, P.355.

### المبحث السادس

#### مظاهر استعمال سلطة الحرب

٥٧٥- كذلك لا حصر لصور تدخل السلطة التشريعية من خلال سلطة إعلان الحرب -التي تفيد ضمنا حق التعامل مع الآثار المترتبة على توقفها- لتنظيم أوضاع القوات المسلحة، كإقرارها قانونا بحظر الدخول إلى مواقعها -وأحيانا إلى دائرة مجاورة لها- لغير المأذون لهم بالنفاذ إليها؛ وإخضاعها العاملين فيها لنظم استثنائية في طبيعتها لتحكم سلوكهم في القواعد الحربية وغيرها من الأماكن التي يحشدون فيها؛ وتقريرها لجرائم خاصة بهم ومحاكمتهم وفق قواعد إجرائية ينفردون بها؛ وإنشاء محاكم من نوع خاص بقصد عقابهم عن الجرائم العسكرية، وفق نظم مخالفة لتلك التي يألفها المدنيون؛ ومقاضاتهم أمام هذه المحاكم -أيما كان مكان تواجدهم- هم والمدنيون الذين يرتبطون بالنظم العسكرية بصلة وثقى على وجه أو آخر، وسواء كان خروجهم على هذه النظم أثناء خدمتهم الفعلية، أم وقت استدعائهم من الاحتياط لتدريبهم، بشرط أن يكونوا من العاملين في القوات المسلحة وقت ارتكابهم الجريمة<sup>(١)</sup>.

وحتى في النظم الفيدرالية، فإن السلطة التشريعية أن تمنع كل ولاية في الاتحاد من فرض ضريبة على الملكية الشخصية للجنود الذين يكفون بمهام داخل حدودها الإقليمية، ولو كان موطنهم واقعا فيما وراء حدودها<sup>(٢)</sup>.

وقد تقيم الدولة طرقا سريمة لدعم الأعمال الحربية أو تعمل على تحقيق متطلباتها من خلال تطوير القوة النووية، أو تعيد بناء النظم التعليمية لأغراض الدفاع. وقد تعمل على حفر همم المقاتلين من خلال تقرير قواعد إجرائية غايتها تأجيل نظر القضايا التي تقام ضدهم؛ وإجراء تنفيذ الأحكام الصادرة فيها، وحظر إخلاء عائلاتهم من الأماكن التي تسكنها؛ وتقبيد تنفيذ الرهون التي رتبوها على أموالهم، إذا تخلفوا عن الوفاء بديونهم المضمونة بها؛ وإمهالهم إلى ميسرة إيفاء لخصاص بيوع دخلوا فيها<sup>(٣)</sup>.

(١) Solerio v. United States, 483 U.S.435 (1987).

(٢) Dameron v. Brodhead, 345 U.S.322 (1953).

(٣) ظاهر من هذه التأكيد، أن المقصود بها هو عدم تشييت لتهاد أفراد القوات المسلحة لضمان تفرغهم لمهامهم القتالية.

يطلب على المحاكم العسكرية خضوعها لتأثير القادة العسكريين. كذلك فإن مستويات الضمانات القضائية في المحاكم العسكرية مختلفة عنها في المحاكم المدنية.

See O'Callahan v. Parker, 395 U.S. 258, 263- 264 (1969).

ويندرج في إطار دعم المقاتلين؛ رعايتهم صحياً، وصون بيئتهم من ملوثاتها، بما فسى ذلك وقايتهم من الأمراض على اختلافها، وحظر تداول الخمر أو عرضها في أماكن مجاورة من القواعد الحربية<sup>(١)</sup>؛ والاستيلاء على صناعة بذاتها كلما كان ذلك ضرورياً لضمان فعالية الدفاع عن الوطن. بل إن هذا الاستيلاء يكون لازماً كذلك، إذا أثار العمال شغباً في صناعة معينة بما يعطل إنتاجها، أو كان إضرابهم وامتناعهم عن العمل فيها، قد طال أمده.

ذلك أن دعم المجهود الحربي قد يقتضي من الدولة حمل صناعة بذاتها، على أن يكون إنتاجها متواصلاً، وهو أمر لا يقل أهمية عن إلزامها المواطنين أداء خدمتهم للجيرة في قواتهم المسلحة. إذ يدخل كلاهما في إطار دعم الأعمال الحربية وتوفير وسائل تقوّمها<sup>(٢)</sup>.

The Constitution grants to Congress power to raise and support armies, to provide and maintain a navy, and to make all laws necessary and proper to carry out these powers into execution. Under this authority, Congress can draft men for battle service. Its power to draft business organisations to support the fighting men who risk their lives, can be no less.

وشأن الاستيلاء على صناعة بذاتها، شأن الاستيلاء على غيرها من الأموال المملوكة ملكية الخاصة.

ذلك أن اختيار الوسائل الأفضل لرد الخطر العام -ولو كان من بينها أخذ الملكية الفردية من أصحابها- يعتبر إجراء ضرورياً وملتبساً على تقدير أن مواجهة هذا الخطر ضرورة لا مناص منها، كلما كان دفعه أمراً لا يحتمل التأخير.

على أن أخذ هذه الأموال من أصحابها -إن لم يتخذ صورة نزع ملكيتها لمصلحة عامة- موداه حرمانهم منها. ويتعين بالتالي أن يكون مقابل تعويض عادل، ولو كان هذا الاستيلاء لمواجهة خطر عاجل، أو واقعاً زمن الأعمال الحربية وبسببها.

فإذا لم يكن التعويض شاملاً ما حلق بأصحابها من ضرر، وما فاتهم من غنم من جواء حرمانهم نهائياً من ملكهم؛ أو عن مدة هذا الحرمان إذا أخذ ملكهم بصفة مؤقتة؛ كان هذا

(١) McKinley v. United States, 249 U.S. 397 (1919).

(٢) يندرج تحت دعم المجهود الحرب، إنشاء الخزانات وقشيد الطرق السريعة ومحطات القوي الكهربائية كلما كان ذلك لازماً لإمداد القوات المسلحة باحتياجاتها.

Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 297 U.S. 288 (1936).

للتعويض غير عادل. إذ يتعين في كل حال أن يكون التعويض بقدر كامل للقيمة التي جردتها  
المشرع من ملكهم، محدد مقدارها وقت هذا التجريد<sup>(١)</sup>.

The full value of the property contemporaneously with the taking.

ويقوم الحق في التعويض كذلك، إذ دمر موطن أموالا يملكها نوقيا لوقوعها فسي بد  
للغو.

والسلطة التشريعية - وفي مجال استعمالها لسلطة الحرب- أن تنفق لية صناعة لا تغيد  
في دعم المجهود الحربي، إذا كان تحويل طاقتها والعاملين فيها لدعم الأعمال الحربية أكثر  
نفعاً. إذ يدخل ذلك في إطار التنظيم الدقيق لكافة الموارد، بما يكفل تسخيرها اقتصادياً لتحقيق  
المهام القتالية على أفضل وجه. وهي مهام غابتها ضمان حرية الوطن من خلال رجال  
يضحون بها لا حصر فيه- بل وأحدهم.

وما لم تتخذ الدولتان المتحاربتان في معاهدة دولية بدلان بها من الأحكام القائمة في  
القانون الدولي العام في شأن غنائم الحرب، فإن هذه الغنائم تكون حقاً خالصاً للدولة المستولية  
عليها<sup>(٢)</sup>. بل إن لكل دولة حق إبعاد رعايا الدول التي تعادى عنها عن إقليمها، أو تحديد إقامتهم  
فيه، أو القبض عليهم دون قيود إجرائية. بل ومحاكمتهم بصورة مختلطة  
Summary Justice.

ذلك أن كون الشخص أجنبياً، لا يعتبر سبباً للتكفير المتخذة قبله، وإما كان النزاع  
المسلح سببها، ويولد طرفاً فيه. ويجوز بالتالي إبعاد غير المواطنين حتى بعد انتهاء الأعمال  
الحربية<sup>(٣)</sup>. بل وتقديمهم إلى المحكمة العسكرية إذا تم ضبطهم لدخل الدولة، أو في مواقع  
القتال، أو في أماكن قريبة منها، أو تتصل بها، خاصة إذا كانوا من المقاتلين المتخفين في غير  
أزيائهم، للعمل في الخطوط الخلفية<sup>(٤)</sup>.

٥٧٦- ويظل القانون العسكري هو القاعدة التي تحكم كافة الأعمال التي تقع في منطقة  
العمليات الحربية. ويفترض ذلك أن تكون المحاكم المدنية عاجزة عن مباشرة ولايتها. فإذا  
كانت ليوها مفتوحة لمن يطبقونها، وكانت تبشر ولايتها فعلاً في المنطقة التي تدعي السلطة

(١) United States v. Bethlehem Steel Corp. 315 U.S. 289 (1941).

(٢) The Hampton, 5 Wall (72 U.S.) 372, 376 (1867).

(٣) Ex Parte. Ouirin, 317 U.S. 1 (1942).

(٤) Ludecke v. Watkins, 335 U.S. 160 (1948).

العسكرية أنها مسرح للأعمال الحربية؛ ووقوع العمليات الحربية فيها، فإن قرار هذه السلطة في ذلك، لا يقيد جهة الرقابة علي الدستورية<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن تفويض محافظ في إقليم أو حاكم في ولاية، بإعلان الأحكام العسكرية في بعض المناطق، لا يفوله إنشاء محاكم عسكرية تعمل إلى جوار المحاكم المدنية القائمة بمهامها دون عائق.

فإذا أحال المحافظ أو الحاكم، المدنيين عن جرائمهم المدنية إلى هذه المحاكم، كان قراره في ذلك باطلاً<sup>(٢)</sup>.

(١) Ex Parte Milligan, 4 Wall (71 U.S.) 2 (1866).

(٢) Duncan V. Kahanamoku, 327 U.S.304 (1946).

### المبحث السابع حقوق الأقاليم المحتلة والأقاليم المضمومة

٥٧٧- وللسلطة التشريعية -ويحكم لاختصاصها بإقرار القواعد القانونية التي تحكم الأقاليم التي احتلها الجيش أو الأسطول- أن تفوض رئيس الجمهورية في ذلك.

ولئن دل هذا التفويض على عزمها تخويل رئيس الجمهورية سلطة تنظيم الأوضاع المختلفة لهذه الأقاليم بما يلائمها، ويقدر كبير من المرونة التي تقتضيها احتياجاتها؛ إلا أن هذا التفويض لا يعتبر تخلياً من جهتها عن اختصاصها الأصلي في إقرار كافة القوانين التي تقتضيها سلطات الحرب الاستثنائية. وتظل الأقاليم المحتلة مختلفة في المعاملة القانونية التي تحكمها، عن الأقاليم التي تقرر دمجها في الوطن الأم Incorporated Territories.

فبينما يفترض إلحاق إقليم بآخر وفق قواعد القانون الدولي العام، ضمها إلى بعض ودمجها في كيان واحد لا تمييز بين أجزائه؛ ليعامل الإقليم المتضم وفق القواعد ذاتها التي تطبقها الدولة الضامة على مواطنيها، فلا يحرمون حقاً أو حرية كفلها الدستور لكل مواطن؛ فإن الأقاليم المحتلة تظل لها ذاتيتها، فلا تحيلها سلطة الاحتلال إلى أراض تضمها إليها بغير موافقة أهلها الذين يملكون وحدهم حق تقرير مصيرها.

ولئن صح القول بأن لكل دولة أن تحكم الأقاليم التي فتحها، وأن تقوم فيها السلطة التي تمهد إليها بإدارة شؤونها؛ إلا أن إلحاقها الأقاليم التي غزتها، بإقليمها هي، موداه اختصاصها لها، وإلحاق شعوبها بمواطنيها بمنطق القوة والغلبة، الذي يتلبي على قواعد القانون الدولي العام في مفهومها المعاصر.

ومجرد فرض الدولة الغالبة لسلطاتها على الأقاليم التي قهرتها، لا يحيل سلطاتها هذه إلى حقوق دائمة. وإنما تظل لهذه الحقوق طبيعتها العرضية، إلى أن تستعيد السلطة الوطنية في الأقاليم المحتلة، صلاحيتها، سواء من خلال معاهدة دولية، أو بغير ذلك من الوسائل القانونية التي تملكها وفقاً لقانون الأمم.

ولئن قال البعض بأن الدولة التي احتلت الأقاليم التي غزتها، مقيدة بأن تحكمها وفق قواعد الدستور ذاتها التي تطبقها على مواطنيها، وأن هذه القواعد لا يجوز وقفها أو تعطيلها

في هذه الأقاليم لمدة قصيرة أو طويلة؛ إلا أن وجهة النظر الأدق هي أن سكان تلك الأقاليم لا يتمتعون بأية ضمانات دستورية غير تلك التي تنصل بحقوقهم أو حرياتهم الطبيعية أو الجوهريّة<sup>(١)</sup>.

وليس للسلطة التشريعية بالتالي أن تطبق في الأقاليم المحتلة قوانين جنائية بأثر رجعي، ولا أن تفرض على سكانها عقوبة مهينة؛ ولا أن تلزمهم باعتناق عقيدة بعينها؛ ولا أن تعطلهم عن مباشرة شعائر عقيدة دخلوا فيها؛ أو تحملهم على القبول بآراء يعارضونها. وليس لها أن تمنعهم من حق العمل لصلته الوثقى بالحق في الحياة؛ ولا أن تفرض عليهم أشكالاً من السخرة بأبونها؛ ولا أن تمنعهم إلى غير قضائهم الطبيعيين؛ ولا أن تعامل جرائمهم في نموذجها للمنى بوصفها جرائم عسكرية ضد سلطة الاحتلال؛ ولا أن ترددهم عن التقدم بظلماتهم إلى هذه السلطة كي تحققها وتصل فيها؛ ولا أن تمنعهم من اقتضاء حقوقهم جبراً بالوسائل القانونية، عند إنكارها.

وينبغي التسليم دوماً بأن سكان المناطق المحتلة حقوقاً أساسية لا يجوز التفريط فيها، أهمها أن احتلال أرضهم لا يجوز منعهم من الوسائل الضرورية التي تكفل أمنهم، أو التي توفر لاحتياجاتهم المعيشية - على الأقل في حدها الأدنى - أسبابها؛ ولا أن تقلص فرصهم في الإبداع والابتكار وغيرها من الفرص التي يتصل استثمارها بأدميتهم، ولا أن تنال بوجه خاص من الحق في الحياة وفي العمل، ولا أن تخل بكرامتهم أو تستبد بشؤونهم في غير ضرورة.

(١) Downes v. Bidwell, 182 U.S. 244 (1901).

### المبحث الثامن

#### بين إعلان الحرب وإنهائها

٥٧٨- وكما أن إعلان الحرب يعتبر من الأعمال السياسية التي لا يجوز إخضاعها لرقابة الجهة القضائية التي أقامها الدستور على صون أحكامها؛ فإن إنهاءها يعتبر كذلك عملاً سياسياً، سواء كان هذا الإنهاء من خلال معاهدة سلم بين الدولتين اللتين كانتا متخاصمتين؛ أم بقانون يصدر عن السلطة التشريعية بمجلسيها؛ أم بقرار يوافق هذان المجلسان أو أحدهما عليه؛ أم بقرار يصدر عن رئيس الجمهورية إذا كان مختصاً بإعلان الحرب. وليس لأحد بالتالي أن يقيم خصومة قضائية يدعى فيها أن الحرب المقول بإنهائها، لا تزال منقذة نيرانها؛ أو أنها لم تعد قائمة في حقيقتها بما يناقض إعلاننا رسمياً باستمرارها.

٥٧٩- ويثير نص المادة ١٥٠ من دستور جمهورية مصر العربية إشكالاً غامضاً في الأهمية. ذلك أن رئيس الجمهورية يختص بإعلان الحرب بموافقة السلطة التشريعية ... فهل يعتبر إنهاؤها كذلك مطلقاً على قولها هذا الإجراء...!!

ما أراه، هو ضرورة التمييز بين إعلانها وإنهائها. ذلك أن ما نص عليه الدستور من عدم جواز إعلان رئيس الجمهورية حرباً على دولة أخرى بغير موافقة السلطة التشريعية، مرده أن إعلانها يصل في ثلثها مخاطر وخيمة عواقبها على حياة المواطنين وأموالهم وحرياتهم. كذلك فإن إعلانه هذه الحرب، مؤداه أن تخوضها بلده بكل مواردها وقدراتها بما ينمضها، ويعطل لسنتين عديدة التنمية بكل أشكالها، وعبر مراحلها المختلفة، فلا تبقى غير آلة الحرب تكور عجلتها دون انقطاع، وتغذيها مصر بنماء أبنائها وعرقهم. وقد تؤول في نتائجها إلى احتلال إقليمها أو جزء من هذا الإقليم، أو تقويض اقتصادها لمدة طويلة.

وكان منطقياً بالتالي أن يعلق الدستور إعلان رئيس الجمهورية حرباً ضد دولة أخرى، على موافقة السلطة التشريعية التي يمثل أعضاؤها هيئة للناخبين، ويملكون إرادتها تعبيراً عنها.

ويغترض بالتالي ألا يوافق هؤلاء الأعضاء على ذلك الإعلان، إلا بعد تقييمهم لطبيعة الحرب التي يراد إعلانها، ونطاق الضرورة الملحة التي تقتضيها؛ وملائمة هذا الإعلان في توقيتته.

ولا كذلك قرار إنهائها أو إنهاء حالتها، إذ يعود هذا القرار بالأوضاع القائمة إلى حالتها الطبيعية، فلا يبقى من شُرور الأعمال الحربية غير تضميد كافة جراحها بالوسائل القانونية السليمة.

ولا تقوم ثمة ضرورة بالتالى لتعليق انتهاء الأعمال الحربية على موافقة السلطة التشريعية. والسوابق على ذلك كثيرة، من بينها أن الدستور الأمريكى وإن خول رئيس الجمهورية سلطة الدخول فى لية معاهدة دولية يقدر ملازمة توقيعها أو الانضمام إليها، بمشورة وموافقة مجلس الشيوخ؛ إلا أن الخروج منها لا يتقيد عملاً بهذا التقيد؛ إذ يجوز لرئيس الجمهورية إنهاؤها بغير الرجوع إلى هذا المجلس. وكثيراً ما أقر الكونجرس هذا الإجراء، ولو بطريقة ضمنية.

٥٨٠- ولأن لكل حرب أوزارها، فإن نهائيتها تمتتها إذ هى خاتمتها. ومن ثم يجوز إنهاء حالتها إما بمعاهدة دولية أو بقلون، أو بإعلان يصدر عن رئيس الجمهورية.

فالمعاهدة الدولية التى تبرمها الدول أطرافها لتحقيق السلم فيما بينها بعد تطاحنها بالقتال، تستبر إعلاناً بانتهاء الأعمال العدائية بكل صورها وأشكالها، فلا تكون العودة إليها غير إخلال بالمعاهدة التى حظرتها.

ويفترض أن تصدق هذه الدول على تلك المعاهدة، حتى يسوغ القول بانتهاء الأعمال العدائية موضوعها. إذ يتعين التمييز بين انتهاء هذه الأعمال واقعياً وبين زوالها قانوناً.

فانتهاء تلك الأعمال بصورة قطعية، لا يفيد زوالها قانوناً. وقد تظل حالتها قائمة فيما بين الدول أطرافها، ولو بعد كفها عن القتال، ما دلم لم يصدر عنها إعلان بعودة الأوضاع الطبيعية إلى حالتها.

ولا كذلك التدخل بأداة قانونية نطن بذاتها انتهاء القتال، سواء تم هذا الإجراء فى شكل معاهدة دولية، لم فى صورة قانون، أو قرار من رئيس الجمهورية باعتباره القائد الأعلى لأفرع الجيش المختلفة.

ويظل مطلوباً فى كل معاهدة دولية قصد بها إنهاء القتال، ألا يترأخى إيرامها والتصديق عليها، إلى ما بعد انتهاء الأعمال العدائية - عملاً - بفترة طويلة؛ وإن جاز القول بأن هذا الإجراء كثيراً ما يكون فى مصلحة الدول المنتصرة فى الحرب، حتى تفرض كلمتها على

الدول المهزومة، فلا تبلور المعاهدة التي تدخل فيها معها، غير أصدقاء هزيمتها، لتبخرها  
نصوص هذه المعاهدة، كلفة حقوقها.

ولما كانت أداة إنهاء حربها مع هذه الدول، فإن هذا الإنهاء يعتبر من الأعمال السياسية  
التي تخرج بطبيعتها عن الرقابة القضائية على التشريعية الدستورية.

ولرئيس الجمهورية في إطار سلطته في إدارة الشؤون الخارجية، أن يهادن الدول التي  
دخل في صراع معها من خلال اتفاق على أحكام هذه الهدنة التي يصير للقتال على ضوئها،  
موقفاً.

وهي هدنة قد يستصوبها تحفزاً للقتال من جديد، أو بوصفها بداية منطقية لتصالح الدول  
المتحاربة مع بعضها، وإن كان الاحتمال الثاني، هو الأرجح.

### المبحث التاسع

#### أموال الأعداء وغنائم الحرب

٥٨١- وفيما يتعلق بأموال الأعداء، ينبغي أن يلاحظ أن مجرد إعلان الحرب، ليس مؤداه بالضرورة مصادرة هذه الأموال، وإن جاز لكل من الدولتين للمتحاربين الأمر بهذه المصادرة كإجراء ردع يتوخي حرمان الدولة للمعادية من أية موارد تعينها علي المضى في الأعمال الحربية.

ولا تعتبر المصادرة بالتالي جزاء علي جريمة لقتلها شخص ينتمي إلى العدو بجنسيته<sup>(١)</sup>.

وكما تجوز مصادرة هذه الأموال؛ يجوز كذلك احتجازها وفرض الحراسة عليها إذا قام الدليل علي أن الذين تعلق بهم هذا الإجراء يملكونها فعلا، لا تنتقد الدولة في ذلك لا بشرط الوسائل القانونية السلمية، ولا بأداء تعويض عنها.

إذا كان أحد المواطنين مالكا لهذه الأموال، كان من حقه طلبها حال بقائها، أو التعويض عنها حال هالكها.

ولا يلتزم المواطن الذي أخير من جراء هذه التدابير للخاطئة، بما عسى أن تكون الدولة قد أنفقتة علي تلك الأموال من أجل صيانتها. إذ عليها وحدها أن تتحمل خطأ نسبتها لأموالاً يملكها أحد مواطنيها، إلى أعدائها.

ولا كذلك غنائم الحرب Prises of War، التي تستولي الدولة عليها أثناء عملياتها الحربية؛ إذ لا يتصور أن يكون لسواها حق فيها بغير ترخيص من السلطة التشريعية<sup>(٢)</sup>.

وهو ما يتحقق في الحروب الأهلية بوجه خاص التي تستولي فيها الدولة علي سفن المتطردين وغير ذلك من أموالهم، باستثناء المواطنين المخلصين لها في الحرب الأهلية الدائرة رحاها بين الفريقين المتنازعين.

(١) Honda v.Clark, 386 U.S. 484 (1967).

(٢) The Siren, 13 Wall. (80 U.S.) 389 (1871).

### المبحث العاشر

#### تفويض رئيس الجمهورية في بعض مظاهر سلطة الحرب

٥٨٢- الأصل أن تعمل كل سلطة -سواء في زمن الحرب أو السلم- في حدود الولاية الموكولة لها<sup>(١)</sup>.

ويفترض أصلاً في التفويض، أن يكون متضمناً بيان الخطوط والمعايير العريضة التي يقوم عليها. إذ هو ترخيص لرئيس الجمهورية بمباشرة الأعمال التي يشملها التفويض. ومن ثم كان التفويض سابقاً على إتيانها.

بل إن السلطة التشريعية قد تجيز أعمالاً من طبيعة حربية بإشراف رئيس الجمهورية قبل صدور قانون التفويض، إذا كان لها دوافعها من الضرورة الملجئة لها. إذ تعتبر إجراءاتها بمثابة تصديق عليها.

ولا يجوز في التفويض، أن يكون مخالفاً لقواعد الدستور التي تظل للمواطنين جميعهم بكل فئاتهم، وفي كافة أوقاتهم، وعلى تباين ظروفهم. ويبطل بالتالي تفويض رئيس الجمهورية في إهدار قوة الأحكام القضائية سواء برفض النزول عليها أو بتعليق نفاذها على تصديقه، ولو صدر الحكم من محكمة شكلها المشرع من الضباط، واختصها بقواعد إجرائية تتعلق بها.

وتميل السلطة التشريعية إلى تفويض رئيس الجمهورية في زمن الحرب في كثير من المهام التي تتصل بإعداد الجيوش والأسطول وتجهيزها للقتال<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن الاستخدام الأمثل لسلطات الحرب يقتضي مباشرتها بأكثر قدر من المرونة لاختيار أفضل الوسائل وأكثرها حصماً لتحقيق الفوز في القتال. وجاز بالتالي تفويض رئيس الجمهورية ليس فقط في مواجهة الأعمال العدائية المتخذة ضد بلده، والرد عليها بكل الوسائل؛ بل كذلك في العمل على تجنبها وتوقيفها قدر الإمكان. ومن ذلك تفويض رئيس الجمهورية في فرض قيود قاسية على التجارة مع الدول التي تسخر إمكاناتها أو توظفها في اتجاه تضخيم ألتها الحربية، أو تجهز بنواياها العدائية، أو التي تذل النذر على سحبها للقتال. أو تهيتها أو افتعالها لأسباب الصدام.

(١) Lichter v. United States, 334 U.S. 742, 779 (1948).

(٢) N. Grundsten, Presidential of Authority in Wartime (Pittsburgh 1961).

كذلك فإن من بين التدابير التي يجوز اتخاذها ضد مثل هذه الدول، مقاطعتها وتحجيمها، بما يعزلها عن أسرة الدول، ويعطل أو يقيد صور التعامل معها، أو الاتصال بها.

ولا تضيق جهة الرقابة على الدستورية من السلطة التي تخولها الهيئة النيابية لرئيس الجمهورية لتحقيق هذه الأغراض. ولكنها تأذن بها، وباتساع دائرتها لتطرقها بمصالح حيوية لا يجوز إغفالها.

وقد يأمر رئيس الجمهورية بشن أعمال حربية فيما وراء حدود بلده، قبل أن تتخذ السلطة التشريعية قراراً بإعلانها حرباً على بلد آخر. ذلك أن الدستور حتى وإن حظر على رئيس الجمهورية إعلانها أو إحداثها بقرار منفرد يصدره، إلا أنه من الناحية العملية كثيراً ما تبدأ الأعمال الحربية قبل أن تأذن السلطة التشريعية بها من خلال إعلان يصدر عنها بذلك.

ويقال دائماً بأن سلطة رئيس الجمهورية في إدارة الشؤون الخارجية وتصريفها، وكذلك في إجهاض الأعمال الدبلوماسية جميعها وتوقيفها قبل اندلاع شرارتها، وقتلها في مهدها، تفرض بالضرورة أن يعمل على حماية أرواح مواطنيه وممتلكاتهم التي تتعرض للخطر في الدول الأجنبية من جراء أعمال مخالفة للقانون تهددها، ويتعرض توقعها أو التحوط لها.

ذلك أن حمايتهم من المخاطر جميعها، واجبة سواء كانوا داخل بلدهم أو خارجها.

فإذا تهددتهم هذه المخاطر في الدول الأجنبية التي يوجدون فيها، كان دفعها أو إجهاضها قبل وقوعها، لازماً، ولو باستعمال القوة التي لا يجوز التراخي في اللجوء إليها، والتي لا خيار للسلطة التنفيذية في تجنبها، لضمان أن توفر الحماية الكاملة لمواطنيها - وأيا كان موقعهم - بما يؤمن أرواحهم وحرياتهم وأموالهم من صور العدوان عليها على اختلافها.

٥٨٣- ولأن القوة لا تحطما إلا قوة تواجهها وتقابلها، فقد ساء استخدام كل عناصر القوة الحربية التي في يده لتهزم عدوان دولة أجنبية على حدود بلده. ولا يعتبر ذلك مجرد حق لرئيس الجمهورية، بل واجباً يتحمل مسئولية القيام به على الوجه الأكمل، غير ملزم في ذلك بإعلان السلطة التشريعية حرباً على الدولة للغازية، ما لم تمتنع بنفسها من اللجوء إلى القوة، إذ يعتبر قرارها هذا، إنكاراً منها لحالة الحرب التي يدعيها، ونقضاً من جانبها لتقديره تحقق أسبابها؛ واستعادة لاختصاصها في أن تقرر بنفسها وقوع حرب في زمن دون آخر، أو عدم وقوعها على الإطلاق.

٥٨٤- وقد يباشر رئيس الجمهورية من خلال معاهدة دولية سلطة جديدة لم يكن مخولاً بها قبل الدخول فيها. وهو ما يتحقق على الأخص في أية معاهدة نواية توثق بيسن أطرافها تحالفاً حربياً.

ذلك أن موافقة السلطة التشريعية على هذه المعاهدة، يفيد ضمناً تخويلها رئيس الجمهورية حق استخدام القوة لتنفيذ أحكامها.

٥٨٥- وكما كان شأن الحرب حقاً مقصوراً على السلطة التشريعية بنص في الدستور، فإن قرار إعلانها يكون من امتيازاتها التي لا يجوز أن تفوض غيرها فيها بالنظر إلى خطورة الحرب في نتائجها وعظم مسئولية إثارتها، وبما لا إخلال فيه بحق رئيس الجمهورية في مبادرة كل غزو بالتدابير التي يراها كافية لحرره؛ وأن يلاحق كل عصيان داخل بلده بما يعيد لوضعها الطبيعية إلى حالتها. ذلك أن رئيس الجمهورية يتدخل في هاتين الحالتين لإنهاء خطر كان دائماً وحالاً.

### المبحث الحادى عشر

#### إعلان الحكم العرفى

٥٨٦- وإرئيس الجمهورية أو من يفوضه، والسلطة التشريعية كذلك، إعلان الحكم العرفى<sup>(١)</sup> Martial Law فى المناطق التى دهمتها الأعمال الحربية، أو فى مناساطق التوتر والمصيان دحل بلده.

ويندرج فى إطار سلطة الحكم العرفى، أن تتوافر للقائمين عليها حرية انتقاء الوسائل التى تكفل مقابلة القوة بالقوة، وإعادة النظام بعد لفراط عقده. على أن يكون مفهوماً أن لحرية انتقاء الوسائل ضوابطها ومبرراتها وكوابحها.

وشرط ذلك أن تقوم فى بنيلها على تقدير موضوعى، وأن تصدر فى إطار من حسن النية، وأن يكون غرضها مواجهة مخاطر تذى مباشرة إلى الفوضى، أو تولى تداعياتها حتى لا تتفاقم أقالها. فلا يكفى فى المخاطر إمكان توقعها. بل يتعين أن تشخص بنفسها بما يؤكد حلولها، كأن يكون الغزو حقيقةً بما يعطل المحاكم المدنية عن عملها؛ ويقوض الإدارة المدنية ويمنعها من أداء واجباتها؛ ويعجز القوانين المعمول بها عن ضمان الحقوق الفردية، أو تلمين سلامة المواطنين فى مجموعهم بصورة ملائمة أو كافية.

وهذه القيود على مباشرة سلطة الحكم العرفى، هى التى تبين نخومها، وتراقبها الجهة القضائية للتحقق من عدم تخطيها. ولا يجوز بالتالى أن يكون تدخل القائمين على هذه السلطة فى شئون الأفراد وحرياتهم الرئيسية، تحكيمياً، وإلا كان مخالفاً للمستور.

(١) يختلف قانون الحكم العرفى عن قانون الأحكام العسكرية، فى أن الثانى لا يطبق إلا على الأشخاص المنتمين إلى القوات المسلحة، وذلك على خلاف الأول الذى يسرى على المدنيين والعسكريين فى أن واحد.

المبحث الثاني عشر  
الاعتراض على احتجاز البدن

٥٨٧- وكلما كان للمواطنين امتياز التظلم من احتجاز أبدانهم بغير حق The Writ of Habeas Corpus كان للسلطة التشريعية وحدها -في الدول التي تكفل دساتيرها هذا الامتياز كالدمستور الأمريكي- حق وقفه. وليس لرئيس الجمهورية اختصاص في ذلك، إلا بناء على تفويض منها. ذلك أن الأصل هو أن تفصل السلطة القضائية بمحلكها في توافر شروط هذا الامتياز أو تخلفها. ومن ثم كان الأصل فيه أن يظل ساريا، ما لم توقفه السلطة التشريعية بنفسها. وهو ما تنص عليه المادة الأولى من الدستور الأمريكي.

### المبحث الثالث عشر

#### الجرائم ضد الإنسانية وغيرها من جرائم الحرب

٥٨٨- ويمجرد التصديق على معاهدة السلم بين المتحاربين السابقين، أو دخول هذه المعاهدة مرحلة للتنفيذ بوجه آخر، فإن الأصل في هذه المعاهدة، أن تعيد بقوة القانون -بصفة تلقائية- إلى هذه الدول، الحقوق والواجبات التي تربط أعضاء الأسرة الدولية ببعض في علاقاتهم السلمية. بما مؤداه أن كل الأعمال التي كان ينظر إليها وقت الحرب كأعمال مشروعة -كالهجوم على سفن الدول المعادية، وحصار موانئها، وتدمير جيوشها وحصونها، وغزو إقليمها- تعتبر محظورة بعد نفاذ ذلك المعاهدة.

فإذا لم تكن قوات إحدى الدول أطرافها، على علم بالمعاهدة، فإن مضيها في الأعمال الحربية يقتضيها التعويض عنها. وعليها أن تعود إلى النقاط ذاتها التي كانت فيها وقت إبرام المعاهدة، فتغلق الأقاليم التي غزتها، وتحرر الجنود والضباط الذين أسرتهم، وترد السفن التي حازتها.

٥٨٩- ويلاحظ أن معاهدة السلم حتى مع النص فيها على إسقاط جرائم الحرب عن مرتكبيها، إلا أن إدانتهم بسببها يظل حقاً للدولة المضروعة منها بوجه خاص، وللجماعة الدولية بوجه عام.

ذلك أن هذه الجرائم -ولو كان الأمر بارتكابها قائداً من رتبة أعلى- تتناقض قواعد القانون الدولي العام.

وهو ما يؤكد القواعد المنظمة للمحكمة الجنائية الدولية التي لا تعتبر ولايتها بالفصل في الجرائم التي تدخل في اختصاصها، ولاية منفردة، ولكنها تقوم إلى جوار النظم الجنائية الوطنية وتكملها<sup>(١)</sup> Complementary to National Jurisdictions، وتباشر المحكمة الجنائية ولايتها في الحدود المقررة بنظماها، وعلى صعيد جرائم بعينها هي جريمة العدوان The Crime of Agression وجريمة إبادة عنصر من البشر The crime of Genocide، وجرائم الحرب War Crimes والجرائم ضد الإنسانية Crimes Against Humanity.

(١) تبين المادة ١٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، كيفية مباشرة النظم الجنائية الوطنية لاختصاصها في مجال معالجة المتهمين بالجرائم التي تشملها ولاية المحكمة الجنائية الدولية.

ومن ثم لا تبشر المحكمة الجنائية ولايتها في غير هذه الجرائم التي حددتها حصراً المادة ٥ من نظامها، وفصلتها المواد ٦، ٧، ٨ وكذلك على النحو الآتي:

### أولاً:

#### جريمة إبادة عنصر من البشر

٥٩٠- في تطبيق حكم المادة ٦ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، يقصد بهذه الجريمة، قتل أعضاء جماعة؛ أو إصابتهم بأضرار عقلية أو بدنية خطيرة؛ أو إحاطتهم بأوضاع حياتية تم تربيها بقصد تدمير الجماعة التي ينتمون إليها، كلياً أو جزئياً؛ أو فرض قيود على أعضائها تتوخى حرمانهم من أن يتخذوا لأنفسهم أولاداً؛ أو نقل لطفالها بالقوة إلى جماعة غيرها، بشرط أن تكون هذه الأعمال جميعها موجبة لتدمير الجماعة - كلياً أو جزئياً - بالنظر إلى نوازعها الوطنية أو توجهاتها الخلقية أو لاعتبار يتعلق بمرقها، أو بعقيدتها.

### ثانياً:

#### الجرائم ضد الإنسانية

٥٩١- وفي تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، يقصد بالجرائم ضد الإنسانية أحد الأفعال الآتي بيلانها، إذا كان ارتكابها جزءاً من خطة شديدة الاتساع، أو تبلور سلوكاً منهجياً للعدوان المباشر A Widespread or Systematic Direct Attack على جماعة مدنية، مع العلم بأبعاد هذا العدوان. وهذه الأفعال هي:

١. القتل؛ والتصفية Termination؛ والاسترقاق Enslavement؛ وإبعاد سكان أو نقلهم بالقوة؛ وتقييد حريتهم سواء بالسجن، أو بخير ذلك من الوسائل القاسية التي تضرب بأبدانهم بالمخالفة للقواعد الجوهرية للقانون الدولي؛ وكذلك اغتصابهم؛ وحملهم على الدعارة؛ واستعبادهم جنسياً Sexual Slavery؛ وإخصابهم بالقوة Forced Pregnancy؛ وتقييدهم جبراً Enforced Sterilization؛ وغير ذلك من الأعمال للجسدية العنيفة التي لها ذات الجسامية .Of Comparable Gravity

٢. كل اضطهاد يكون موجهاً ضد كيان أو جماعة لها ذاتيتها، بناء على نوازع عرقية، أو سياسية، أو وطنية، أو خلقية، أو ثقافية، أو دينية، أو لاعتبار يتعلق بالجنس<sup>(١)</sup>؛ أو بناء

(١) يقصد بالجنس في تطبيق الفقرة ٣ من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، الذكر والأنثى داخل الجماعة.

على مركز آخر يعتبر غير جائز في مفهوم قواعد القانون الدولي في صلتها بالأفعال المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، أو بأية جريمة أخرى تدخل في ولايتها.

٣. إغفاء الأشخاص جبراً<sup>(١)</sup>، وجريمة التمييز بين الأجناس عنصرياً<sup>(٢)</sup> The crime of apartheid.

٤. غير ذلك من الأفعال ذات الطبيعة المشابهة التي تلحق بالمضروبين منها، قدرا كبيرا من المعاناة، أو تصويبهم بمخاطر جسيمة في أبدانهم أو صحتهم.

### ثالثاً:

#### جرائم الحرب

٥٩٢- وعملاً بنص المادة ٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، تختص هذه المحكمة بالفصل في جرائم الحرب، وعلى الأخص إذا تم ارتكابها كجزء من خطة، أو سياسة، أو من دائرة واسعة تؤتي فيها هذه الجرائم.

#### ولأغراض هذا النظام، يقصد بجرائم الحرب:

١. أية أفعال يكون محلها الأشخاص والأموال الذين تحميهم إحدى اتفاقيات جنيف ذات الصلة، ويكون من شأنها الإخلال الضلوع بأحكامها، ويندرج تحتها:
٢. قتل الأشخاص عمداً، أو تعذيبهم، أو معاملتهم بطريقة تنكس كرامتهم، بما في ذلك إخضاعهم لتجربة بيولوجية.

(١) يقصد باخفاء الأشخاص جبراً، القبض عليهم، واحتجازهم، أو اختطافهم من قبل أو بموافقة أو بدعم الدولة أو التنظيم السياسي لهذه الأعمال أو رضاه بها، على أن يقرن ذلك برفض الدولة أو للتنظيم، الاعتراف بحرماتهم من حريتهم، أو إعطاء أية معلومات عن أماكن اعتقالهم بقصد تجريدهم من حماية القانون لفترة يطول زمنها أو يقصر.

(٢) قصد بهذه الجريمة الأفعال غير الإنسانية التي ترتكب في إطار نظام مؤسس على القمع المنهجي، وسيطرة جنس على جنس آخر، بقصد دعم هذا النظام وضمان استمراره.

٣. تعدد إصابتهم بأضرار بدنية أو صحية خطيرة؛ أو تعويق معاناتهم؛ وغير ذلك من الجرائم الخطيرة المخالفة -فى إطار قواعد القانون الدولى- للقوانين والقواعد العرفية التى يتم تطبيقها فى إطار الصراع المسلح، والتى يندرج تحتها:

٤. تعدد توجيه الهجوم ضد السكان المدنيين بوصفهم كذلك؛ أو ضد أفراد مدنيين ليس لهم دور مباشر فى القتال؛ أو ضد أشياء مدنية<sup>(١)</sup>؛ أو ضد أشخاص أو مبانى أو أدوات أو وسائل نقل أو وحدات لهم، أو لها صلة بأعمال المعونة الإنسانية، أو بتنظيم يسلم لحفظ السلام وفق ميثاق الأمم المتحدة؛ بشرط تمتعها بالحماية التى تكفلها هذه القواعد للمدنيين وللأشخاص المدنيين. وفقاً لقواعد القانون الدولى التى تنظم علاقات قانونية فى نزعة مسلحة بين أطرافها.

٥. تعدد شن هجوم مع العلم بالأضرار التى يربتها، سواء فى ذلك ما اتخذ من صورها شكل إزهاق أرواح المدنيين، أو إصابتهم بجروح، أو الإضرار بأشياء مدنية؛ أو صورة مضار جسيمة واسعة الانتشار تنال من البيئة الطبيعية، ولا تبررها المزايا المتوقعة من الأعمال الحربية فى منظورها الإجمالى، بما يفقد هذه المزايا تماسكها مع تلك الأضرار.

٦. الهجوم وإلقاء القنابل -بكل الوسائل- على مدينة أو قرية، أو على مبان أو مسكن ليس لها ثمة حماية، ولا تعتبر كذلك هدفاً حربياً.

٧. قتل أو جرح المحاربين الذين سلموا أنفسهم اختياراً، بعد أن تخلوا عن أسلحتهم، ولم تعد لديهم وسائل للدفاع عن أنفسهم.

٨. إساءة استخدام علم الهدنة؛ أو علم آخر؛ أو رموز القوات المسلحة للحو أو شاراتها أو أزيائها؛ أو علم الأمم المتحدة، إذا نجم عن سوء هذا الاستخدام وفاة أو جراح شخصية خطيرة<sup>(٢)</sup>.

٩. أن تقوم سلطات الاحتلال -بطريق مباشر أو غير مباشر- بنقل جزء من شعبها إلى الإقليم المحتل من قبلها، أو طردها سكان هذا الإقليم، أو نقلهم من كل أجزائه أو بعضها، سواء إلى داخل الإقليم المحتل أو فيما وراء حدوده.

(١) المقصود بالأشياء المدنية، الأشياء التى ليس لها طبيعة حربية.

(٢) يدخل كذلك ضمن العلامات التى لا يجوز إساءة استخدامها، العلامات المميزة لاتفاقيات جنيف

١٠. توجيه هجوم متعدد ضد المباني المرصودة على أغراض خيرية، أو دينية، أو علمية، أو تعليمية أو على الفن، أو ضد تماثيل تاريخية، أو ضد دور أو أماكن يودع للمرضى والجرحى فيها، بشرط ألا تكون أهدافاً حربية.

١١. تعدد إخضاع الأشخاص الذين يسيطر عليهم خصم معاد، لتجربة علمية أو طبية، لئلا كان نوعها، أو لعمل يتعلق ببئر أطرافهم، إذا كان هذا الإجراء غير مبرر بضرورة يقتضيها علاجهم طبياً، وكان كذلك في غير مصطلحتهم؛ ومن أثره وفاة شخص أو أشخاص أو تعرض صحتهم لمخاطر جسيمة.

١٢. قتل أو جرح لشخص بطريق الخداع Treachously إذا كانوا ينتمون لأمة معادية أو لجيشها.

١٣. إعلان أن غواً أن يمنح رحمة بأحد Declaring That no Quarter be Given.

١٤. تدمير أموال تملكها قوة معادية، أو الاستيلاء عليها، ما لم يكن ذلك ضرورة تقتضيها الأعمال الحربية وتتطلبها.

١٥. حرمان المواطنين الذين ينتمون إلى خصم معاد، من الحقوق التي يملكونها وفقاً للقانون، سواء بالإغاثا أو بوقفها أو بتقرير عدم جواز قبولها. وكذلك حملهم على الإسهام في الأعمال الحربية الموجهة إلى بلدهم، ولو كانوا من المحاربين قبل بدنها.

١٦. نهب مدينة، أو مكان، حتى بعد أخذه عنوة.

١٧. استخدام السموم أو أسلحة لها سمية، أو الغاز الخافق، أو الغاز السام، أو غيرها من السوائل أو المواد أو الأجهزة التي لها أثر مائل؛ أو استعمال رصاص يتمدد، أو ينتشر بسهولة في الجسم.

١٨. استعمال أسلحة أو صواريخ أو مواد أو وسائل حربية تحدث معاناة لا ضرورة لها، أو جرحاً مغالى فيها Superfluous Injury or Unnecessary Suffering.

١٩. إتيان أعمال شريرة -لا حياة فيها- ضد شخص أو أشخاص بما يخل بكرامتهم، وعلى الأخص عن طريق إذلالهم أو إهانتهم.

٢٠. تجويعهم عن طريق حرمانهم من وسائل الحياة وضرورتها كإجراء يدعم الأعمال الحربية ويقويها؛ رغم كونهم من المدنيين.

٢١. اغتصاب أشخاص أو استعبادهم جنسياً Sexual Slavery أو فرض الدعارة عليهم، أو إكراههم على الحمل<sup>١</sup> أو تعقيمهم جبراً حتى لا ينجبوا Enforced Sterilization.

٢٢- استخدام مدنيين أو غيرهم من الأشخاص المكفولين بالحماية، كدروع بشرية في مناطق بذواتها بما يحول دون وقوع أعمال حربية فيها.

٢٣- قيد أو تسجيل أطفال أقل من خمسة عشر عاماً، لحملهم على الخدمة الإلزامية في القوات المسلحة الوطنية، أو لاستخدامهم في الإسهام للنشط في الأعمال العدائية.

#### رابعاً:

#### ضوابط ميثيرة المحكمة الجنائية الدولية لولايتها

٥٩٣- تباشر هذه المحكمة ولايتها بالفصل في الجرائم المنصوص عليها في المادة ٥ من نظامها، وفق قواعده، وبمراعاة ما يأتي:

أ. أن تحيل إحدى الدول المعتبرة طرفاً في هذا النظام -وفق نص مادته الرابعة عشرة- إلى سلطة الاتهام The Prosecutor، جريمة أو أكثر مما تقدم، إذا دل ظاهر الحال على وقوعها.

ب. أن يحيل مجلس الأمن -وفق ما ينص عليه الفصل ٧ من ميثاق الأمم المتحدة- إلى سلطة الاتهام، جريمة أو أكثر مما تقدم، إذا دل ظاهر الحال على وقوعها.

ج. أن تكون سلطة الاتهام قد بدأت في إجراء تحقيق في شأن هذه الجريمة، وفق الأحكام المنصوص عليها في المادة ١٥ من النظام.

(١) يقصد بالإكراه على الحمل Enforced pregnancy غير المشروع لامرأة وجعلها حاملاً بالقوة بقصد الإضرار بالتكوين الخلقى لأى شعب، أو بقصد الإخلال الخطير بقواعد القانون الدولى.

### خامساً:

#### شروط قبول المحكمة الجنائية الدولية الفصل فى الجرائم التى تدخل فى ولايتها

٥٩٤- ولأن اختصاص هذه المحكمة سعى ما يبين من الفقرة العاشرة لديباجة نظامها- يعتبر مكملاً للنظم العقابية الوطنية، فإن عليها أن تقرر عدم قبول القضية المطروحة عليها فى الأحوال الآتى بينها:

١. إذا كانت القضية قد تناولتها إحدى الدول التى لها ولاية عليها، بالتحقيق أو الاتهام، ما لم تكن هذه الدولة، غير راجية، أو غير قادرة بصفة أصيلة، على المضى فى أعمال التحقيق أو الاتهام التى بدأتها.

٢. إذا كانت الدولة التى لها ولاية على القضية، قد قررت بعد تحقيقها لها، ألا توجه الاتهام إلى الشخص المعنى بها، ما لم يكن هذا القرار ناجماً عن انتقاء ورغبتها، أو عدم قدرتها أصلاً، على توجيه الاتهام.

٣. إذا كانت القضية ليس لها من الأهمية والخطر ما يدعو المحكمة للجنائية الدولية إلى متابعتها.

٤. إذا كان الشخص المعنى بالجريمة -المحظور ارتكابها وفق أحكام المواد ٦ و٧ و٨ من هذا النظام- قد حوكم عنها من قبل محكمة أخرى. إذ لا يجوز للمحكمة الجنائية الدولية أن تتحاكم عن هذه الجريمة ذاتها إلا فى إحدى حالتين:

أولاهما: أن تكون الإجراءات فى المحكمة الأخرى تتوخى حماية الشخص المعنى بالجريمة التى تدخل فى ولاية المحكمة الجنائية الدولية، من المسؤولية الجنائية عنها.

ثانيتهما: أن تكون الإجراءات التى طبقتها المحكمة الأخرى فى شأن الجريمة، لا تسد على حيثتها أو استقلالها وفق قواعد القانون الدولى المسلم بها؛ وكان تطبيقها لها قد تم على نحو لا يتفق -فى نطاق الأوضاع التى لا يستها- وقصد تقديم هذا الشخص للعدالة لينال جزاء عنها.

### الفصل الرابع

### الدولة القضائية على دستورية محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية

#### نبذة عامة

٥٩٥- وفي نطاق اختصاص السلطة التشريعية بتقرير القواعد القانونية التي تنظم إدارة القوات المسلحة وضوابط عمل أفرادها، وواجباتهم التي يؤخذون على الإخلال بها، وأنماط سلوكهم التي يلتزمون بمراعاتها، تصوغ السلطة التشريعية ما تراه من النصوص العقابية ملائمة وضروريا لنهيمهم عن إتيان الجرائم التي حددتها، وعقابهم عنها حال ارتكابهم لها.

ويتم ذلك وفق القواعد الموضوعية والإجرائية التي تنضبط بها محاكمتهم عن تلك الجرائم، والتي يندرج تحتها تحديد نموذج المحاكم التي تشكلها للفصل في جرائمهم، وطرق الطعن في أحكامها، وقواعد التصديق عليها تحويرا أو إضفاء لها.

كل ذلك بقصد تحقيق نظام خاص للعدالة الجنائية يقتصر على أفراد القوات المسلحة من ضباطها وجنودها حيثما كانوا؛ ومن الملحقين بهم الذين يرتبطون معهم بعلاقة من نوع خاص؛ ومن جنود وضباط الاحتياط الذين تستدعيهم القوات المسلحة بعد انتهاء خدمتهم، بقصد تطوير تدريبهم. فهؤلاء هؤلاء يمثلون جوهر النظم العسكرية التي لا توفر للخاضعين لها -في الأعم من الأحوال- ضوابط حقيقة للتقاضي. وكثيرا ما تخل بضماناته الرئيسية، وعلى الأخص ما يتعلق باستقلال قضاة هذه المحاكم وحيثيتهم.

وكان منطقاً أن يستبعد المدنيون من دائرة تلك النظم، وأن تنص للفترة الثانية من المادة ١٢٥ من الدستور الروماني، على أن الأصل في العدالة، هو أن تديرها محكمة العدل العليا وغيرها من المحاكم التي ينشئها القانون؛ وأن من المحظور تكوين محاكم لها طبيعة استثنائية *The Setting Up of Courts of Exception is Prohibited*؛ وأن تنص كذلك المادة ١٠٢ من الدستور الإيطالي على أن الوظيفة القضائية لا يتولاها إلا قضاة عاديون يتم تعيينهم وتنظيم أوضاعهم وفق قواعد التنظيم القضائي. ولا يجوز تعيين قضاة استثنائيين، ولا قضاء خاصين، وإن جاز تشكيل دوائر خاصة من القضاة لنظر مسائل بذواتها، على أن يكون ذلك في إطار الأجهزة القضائية العادية؛ وبشرط إسهام المواطنين المؤهلين -الذين لا يعتبرون أعضاء في السلطة القضائية- في نشاطها.

ويحدد القانون هذه المسائل، وصور الإسهام الشعبي في إدارة العدالة.

وتنص المواد ١٨٦ و ١٨٨ و ١٨٩ من دستور مملكة تاييلاند على أن النظر فى الخصومة القضائية من اختصاص المحاكم التى يتعين أن تنصل فيها وفقاً للقانون.

ولا يجوز أن تحل محل المحاكم العادية، محكمة يوليها المشرع اختصاص الفصل فى قضية بذاتها. وليس للمشرع أن يعد قانوناً من أثره تغيير أو تعديل القانون المنظم للسلطة القضائية، أو القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها، إذا كان هذا القانون لا يتوخى غير موجود تطبيقه على قضية بذاتها<sup>(١)</sup>.

وتنص المادة ١/٢٧ من دستور الجمهورية الكورية للصادر فى ١٧/٧/١٩٤٨ والمعدل فى ٢٩/١٠/١٩٨٧، على أن المواطنين لا يحاكمهم إلا قضاء مؤهلين وفقاً للدستور والقانون، وتحظر فقرتها الثانية، مثول المواطنين من غير المجندين فى القوات المسلحة، أو العاملين فيها، أمام محاكم عسكرية فى تشكيلها، ما لم يكن ذلك بعد إعلان القوانين العرفية الاستثنائية، وفى شأن جرائم بذواتها<sup>(٢)</sup>.

وتنص المادة ٢٨ من هذا الدستور على أن للأشخاص الذين تثار فى شأنهم شبهة ارتكابهم لجريمة ما، حق فى التمييز عن مدة احتجازهم، إذا أطلق سراحهم وفقاً للقانون، أو لم يوجه اتهام إليهم.

(١) تنص المادة ١٩٤ من دستور تاييلاند على أن للمحاكم العسكرية سلطة الفصل فى الخصومات فى الحدود المنصوص عليها فى القانون.

(٢) حصر الدستور هذه الجرائم فى جريمة الإخلال بسرية المعلومات الحربية الهامة، وجريمة تخطي الجنود الذين يتولون حراسة المواقع الحربية عن واجباتهم، وجريمة إهداد الجيش بطعنة فاسدة، والجرائم التى يبينها القانون وتقع على معداته وتجهيزاته، والجرائم ذات الصلة بالأمرى.

### المبحث الأول

#### لحد الأدنى من الحقوق المقررة لكل فرد

##### في مواجهة سلطة الاتهام

٥٩٦- يتولى القضاء بحكم ضمائرهم، وعلي ضوء واجبه في تطبيق قاعدة القانون، مسئولية ضمان حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية بما يكتل فعاليتها. وعليهم أن يبتذلوا كل جهد من أجل توفيق تشريعاتهم الوطنية مع التطور الراهن لحقوق الإنسان في النطاق الدولي.

ذلك أن هذه الحقوق -على حد قول الأستاذ هنكن- >>هي التي يطلبها كل فرد ويستأثر بها، ويحرص على أن توليها الجامعة اهتمامها، وأن توفر لها مجالاً حياً لتطبيقها.

ووصفها بأنها حقوق لكل إنسان، يفيد عالميتها، وأن على كل جماعة أن تسلم بها، وأن مضمونها لا تغيره الجغرافيا ولا التاريخ ولا الثقافة ولا الأيدلوجية، ولا النظم الاقتصادية أو السياسية، ولا درجة التطور التي بلغتها.

وجودها وضرورة إلزوم عليها لا يرتبط كذلك بالعرق، ولا بالجنس، ولا بالمهنة الاجتماعية، ولا بمركز أيا كان. ووصفها بأنها حقوق، مؤداه أن طلبها يدخل في منطقة الحق، وأنها بالتالي لا تعتبر من الحقوق التي تنتجها روابط الأخوة، أو التي يثيرها الوجدان. ولا يمنحها أحد كذلك تفضيلاً على غيره. ولا هي آمال يرنو أصحابها إليها أو يطمعون في تحقيقها، ولا مجرد شعار يسمعون إلى جنيتها.

ولا يحتاج أصحابها، إلى كسبها أو التكليل على استحقاقهم لها. وإنما هي تخويل Entitlement يقابل بالتزام في إطار نظام سياسي يخضع للقانون، إذا كان هذا للنظام خلقاً ومحكوماً بقانون أخلاقي. ومن ثم لا تعتبر حقوق الإنسان، نظرة مثالية تتطلع بصورة مجودة إلى ما هو خير أو حسن، ولكنها حقوق تثقل التحديد، ولا تجهيل فيها. وهي في مجموعها تبلور ضرورة احترام كرامة الفرد، وقدر كبيراً من ذاتية شخصيته، وتقريباً لحقائق العدل ومظاهر الجور<sup>(١)</sup>.

(١) Hinken, Rights here and there, vol. 81, 1981 Colombia Law Review, at 1582.

وليس الدستور بالتالى مصدراً لهذه الحقوق. والمعاهدة الدولية والأعمال الحكومية لا تنشئها. وإنما هي مجرد وسائل تؤكد من خلالها اعترافها بها، وتكفل عن طريقها آلية ملائمة لتنفيذها.

٥٩٧- وتقليدياً تندرج دائرة حقوق الإنسان لتشمل كل ما يتصل بأهمية الفرد وكرامته كحرية الاجتماع والتعبير عن الآراء وحرية العقيدة. ومن هذه الناحية تثير حقوق الإنسان خلافاً في شأن حقيقة القائمة التي تشملها هذه الحقوق، ونطاق أو مضمون كل حق منها.

ومن الناحية الإجرائية، تحيل هذه الحقوق إلى القواعد الأساسية في القانون التي تكفل حمايتها.

وثمة حقيقة لا مرء فيها، هي أن حقوق الإنسان وحياته سواء في توجهاتها أو في القيم التي تركزها - تغدو سراباً، إذا لم تكفل النظم القانونية التي تحيط بها - إطاراً فعالاً لضمانها - شأن حقوق الأفراد في ذلك، شأن التزاماتهم. ذلك أن إهمال تنفيذها جبراً على من ينازعون فيها أو يتصلون من إيفائها، يحيلها لشباحاً نصهرها، ولا يقبض بلدينا عليها<sup>(١)</sup>.

Legal obligations that exist, but cannot be enforced, are ghosts that are seen in the law, but are elusive to the grasp.

ومجرد إيراد قائمة بحقوق الناس وحياتهم. لا يكفلها، ولو أدرجها الدستور في صلبه، أو نص عليها إعلان منفصل عن الدستور ولو كان في قوة أحكامه.

ذلك أن النصوص القانونية - بما في ذلك نصوص الدستور - لا تكمن قيمتها في مجرد تكوينها، إذ هي تعبير عن قيم لا تنبض بالحياة إلا من خلال تطبيقها. ومن المتصور بالتالى أن تتطابق في دولتين مختلفتين، وثيقتان لحقوق المواطنين وحياتهم، وأن تتباعداً بصورة كلية أو جزئية في مجال تطبيقهما. وحتى داخل الدولة الواحدة، فإن نظمها القانونية القائمة، لا يتم تطبيقها بصورة واحدة في عصور مختلفة من تاريخها. وإنما تتباين تطبيقاتها فيها على ضوء موقفها من الديمقراطية عدولاً عنها أو اعتصاماً بها. وتظل الحقائق التاريخية التي عاشتها الأمم على اختلافها، والشواهد التي تدل عليها تجاربها المريرة، خير برهان على أن الضمان النهائي لحقوق الناس وحياتهم، لا يكمن في مجرد القبول بها، ولا في تكوينها في موثوق تعبر بها عن إصرارها عليها، وإنما يكفلها آلية قضائية لها من استقلالها وحيثتها ومن مكانتها بين مواطنيها، ما يمنحها قوة أدبية كبيرة ترز من خلالها بالقسط عدوان السلطة التشريعية أو

(١) The Western Maid, 257 U.S. 419 (1922) at 433.

التفنيية علي كل حق أو حرية كلها الدستور، لتردهما معا إلي القيود التي فرضها عليهما، فلا تخرجان عن حدود ولايتيهما. ويتم هذا العدوان ليس فقط من خلال النصوص القانونية أو عن طريق بعض التدابير، كالقبض والاعتقال، وإنما يتحقق كذلك من خلال إلحاق المدنيين بالعسكريين الذين يختلفون عنهم ليس فقط في صفاتهم وطبيعة المهام الملقاة عليهم، وجوهر النظم التي ينبغي أن تحكم كل فريق منهم، وإنما كذلك في نوع واجباتهم، وأمات سلوكهم التي يؤخذون عنها، وماهية الجرائم التي يجوز إسنادها إليهم. ذلك أن الجرائم العسكرية غير جرائم القانون العام، في أوصافها وأركانها والأغراض التي تستهدفها.

كذلك فإن لكل من هذين النوعين من الجرائم قضائتها الذين يمايزون فيما بينهم، سواء في طرائق تعيينهم وقدر استقلالهم، وحيثتهم؛ أو في الطريقة العملية التي يدبرون بها العدالة الجنائية، وكذلك في كيفية تشكيل المحاكم التي تضمهم، وطرق الطعن في أحكامها، والشروط التي يتطلبها القانون لنهائيتها.

فلا جبر مدنيون إلى محاكم عسكرية لا يطمثون لضمائلتها، ولا شأن لهم بقضائتها، ولا بوسائلها في تنفيذ أحكامها. ذلك أن التمييز بين الجرائم التي تفصل فيها هذه المحاكم، وغيرها من الجرائم التي تولجها النظم المدنية -هي جرائم القانون العام- ضرورة يقتضيها أن لكل نوع من هذه الجرائم، قضاء يتقهمون أبعادها، ويدركون خصائص وأغراض الجزء المقرر علي ارتكابها. ولئن جاز القول بأن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والموضوع والأشخاص، إلا أن التخصص غير التعمل. كذلك يفترض التخصص، أن تعطي لكل حالة لبوسها، وأن يتقيد بالأغراض النهائية التي يتوخاها، ليكون طريقا إلى عدالة أعمق وأكمل.

٥٩٨- وسواء تعلق الأمر بالمحاكم العسكرية أو بمحاكم القانون العام، فإن من يتقمنون إليها ويمثلون أمامها عن الجرائم التي تدخل -دستوريا- في نطاق ولاية كل منهما، يتمتعون في مواجهتها بحد أدنى من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها بالنظر إلى تطبقها بالمشروط الأساسية للمحاكمة المنصفة التي وصفتها المحكمة الدستورية العليا بأنها مجموعة القواعد المدنية التي تعكس مضامينها نظاما متكامل الملامح، يتوخى بالأسس التي يقوم عليها، صون كرامة الإنسان وحقوقه الأساسية؛ ويحول بضمائلكه دون إساءة استخدام القوة بما يخرجها عن أهدافها؛ وينطلق في ركائزه من إيمان الأمم المتحضرة بحرية الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التي تنال من الحرية الشخصية؛ ويتغيا في جوهره أن تتقيد الدولة -في مجال تحديدها للجرائم وتقرير عقوباتها- بالأغراض النهائية للقوانين الجنائية، التي يناقيا أن تكون إذاعة

المتهم هدفاً مقصوداً منها، أو أن تكون القواعد التي تتم محاكمته على ضوءها، مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة. وإنما يتعين أن تلتزم هذه القواعد مجموعة من القِيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الإنقاص منها. ذلك أن القواعد المدنية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة، وإن كانت إجرائية في الأصل، إلا أن تطبيقها في مجال الخصومة الجنائية - على امتداد مراحلها - يؤثر بالضرورة في محصلتها النهائية<sup>(١)</sup>.

وتتوخى القواعد المدنية للنظم العقابية جميعها، تحديد دائرة المخاطبين بها بما يكفل تحقيق أهدافها. فالمندوبون جميعهم مخاطبون بجرائم القانون العام، والذين يعملون في القوات المسلحة، ويعتبرون من كوادرها، أو يلحقون بها لخدمتها، لهم جرائم تخصهم لا يتوخى المشرع بتقريرها غير تأمين القوات المسلحة، وضمان تماسكها حتى لا يفرط عدها، أو يخلل نظامها.

ولهؤلاء هؤلاء محاكمهم التي يستقلون بها، سواء تعلق الأمر بتشكيلها، أو بضملائها، أو بكيفية تطبيقها عملاً.

٥٩٩- وإذا كان المندوبون مخاطبين بجرائم القانون العام، ولهم محاكمهم التي تستقل بتشكيلها وضملائها عن المحاكم العسكرية؛ فإن العسكريين لا يتمتعون أثناء خدمتهم بكمال حقوق المدنيين. ومن ذلك أن حقهم في اختيار الزوج ليس مطلقاً، وحريةهم في التعبير عن آرائهم لدخل وحداتهم ونشرها من خلال حق الاجتماع، تتخللها قيود كثيرة تصل إلى حد منعها كلية إذا كان من شأن ترويجها إيهان عزائم من يتلقونها. كذلك ينطلق أمامهم الطريق إلى الانضمام إلى الأحزاب السياسية أو الإسهام الفعال في نشاطها. وقد يكون دخولهم في النظم العقابية أثناء خدمتهم، معلقاً على إذن خاص. وللنظم التأديبية التي يخضعون لها صرامتها ومرونتها التي تكفل تحقيق أهدافها، وعلى الأخص أثناء خدمتهم في ميدان الأعمال الحربية، لضمان امتثالهم لأوامر قادتهم دون إبطاء وبذلك كل جهد لتفويضها في الصورة المرجوة.

(١) تمسورية عليا - القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٥ من ٢٨٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن الخضوع لها وإمضاءها في توقيعاتها المحددة، والامتناع عن معارضتها، هو الضمان الوحيد لصون الخصائص القتالية للعالية لوحدهم<sup>(١)</sup>.

وجرائمهم التأديبية هذه -التي ينعقد الاختصاص في تقدير الجزاء على ارتكابها، للقادة والرؤساء في وحداتهم بوصفهم مسؤولين عن الانضباط فيها- غير جرائمهم العسكرية التي يحصنها المشرع ويحصرها في أفعال بنواتها ينص عليها بما يفصل أركانها. ومن ثم تستقل العقوبة التأديبية -في مجال تطبيقها وإجراءاتها والسلطة المختصة بتوقيعها- عن العقوبة الجنائية التي يؤخذون بها عن جرائمهم.

ذلك أن الفعل الواحد، قد يشكل ذنباً إدارياً وجريمة جنائية في آن واحد. ولا يحول تلقى المأخذة التأديبية الواقعة بذاتها، دون تلقى الدعوى الجنائية بهذه الواقعة عينا إذا كان المشرع قد أتم جنائيا ارتكابها.

ولئن جاز القول بأن الجزاء الانضباطي لا يتوافر فيه كل خصائص يحيط المشرع بها ليقاع العقوبة الجنائية؛ وأن الجريمة التأديبية تحركها أفعال كلما يتدخل المشرع لتعيينها بقانون، وإنما يحل في شأن بيانها -وبصورة إجمالية- إلى السلطة اللاحقة لتتولى يحددها؛ وكان الجزاء الجنائي يرتبط بالضرورة بجريمة يعين لقانون أركانها في صلبه، فلا يكل تحديدها إلى أداة أدنى؛ وكان الخطأ الواحد في الجريمة التأديبية كثيراً ما يحاط بأكثر من جزاء كي تقدر السلطة المختصة ما تراه مناسباً من بينها في حالة بذاتها لئلا خصائصها؛ إلا أن العقوبة التأديبية تسوغها ضرورة سيطرة القادة والرؤساء على وحداتهم، وإقرار النظام الدقيق بين أفرادها.

٦٠٠- وقد يعارض بعض المواطنين الاضطراب في القوات المسلحة بناء على عقيدة يؤمنون بها، أو على ضوء وجهة نظر فلسفية تنتهيهم عن القتال Les objecteurs de conscience فلا يكون قبول المشرع لاعتراضهم على سفك الدماء، غير عمل ممن أعمال التصامح، لا يعفيهم نهائياً من الخدمة الإلزامية بالقوات المسلحة؛ وإنما يلحقهم المشرع بإحدى

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -قاعدة رقم ١٤

ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الأول من مجموعة أحكامها.

وحداتها غير القتالية. وقد يبدل خدمتهم الإلزامية- وبما لا يجاوز المدة المقررة أصلاً لها- بخدمة مدنية تعود فائدتها على الجماعة<sup>(١)</sup>.

٦٠١ - ولا يحول خضوع العسكريين لنظام قانونى خاص، سواء فيما يتعلق بنوع الجرائم التى يسألون عنها، أو قدر عقوبتها، أو تشكيل المحاكم التى يعهد إليها بالفصل فيها، دون تمتعهم فى محاكمتهم عنها بحد أدنى من الحقوق التى لا يجوز التفريط فيها، ومن بينها:

١. ضرورة تعريفهم بالتهمة الموجهة إليهم فى طبيعتها وسببها وأدلتها وكافة عناصرها. ويكون ذلك بإخطارهم بها دون إرجاء، وتقصيلاً، وبلغة يفهمونها.

٢. أن تتوافر لديهم الوسائل الكافية والملائمة لتحضير دفاعهم، مع ضمان اتصالهم بالمدافعين عنهم من المحامين<sup>(٢)</sup>.

٣. أن يفصل فى التهم الموجهة إليهم دون إبطاء، ودون إخلال بالحق فى الدفاع عنهم، سواء بأنفسهم أو عن طريق محامين يختارونهم، أو محامين يندبون لهذا الغرض- وبشرط ألا تكون هذه المعونة القانونية شكلية فى حقيقتها.

ذلك أن غايتها ضمان تقديم دفاع مقدر يرد التهم على أعقابها، فلا يكون هذا الدفاع غير معونة لها من فعاليتها، ما يؤكد موضوعيتها<sup>(٣)</sup>.

٤. أن يتوافر لهم -إذا كانوا من المعوزين- حق الحصول على المعونة القانونية الملائمة بغير تكلفة. ذلك أن تحميلهم نفقتها يعجزهم عنها، ويرددهم عن طلبها.

٥. امتناع حملهم على الإدلاء بقول تكتينهم، لأنهم بذلك يشهدون ضد أنفسهم جبراً، ويقررون بذنوبهم التى يريدون كتمانها، فلا تكون هذه الأقوال غير إضرار بهم بغير رضائهم<sup>(٤)</sup>.

(١) فى فرنسا تضاعف المدة بالنسبة إلى من يعارضون الانخراط فى الوحدات القتالية لل قوات المسلحة وهو ما ينافى مبدأ المساواة. ذلك أن الإنسان لهم بدم الانخراط فيها، يقتضى أن تكون الأعمال البديلة عن الخدمة العسكرية مساوية فى زمنها للمدة ذاتها المقررة لهذه الخدمة.

Arlette Heymann- Doot, libertés publiques et droit de l' homme, 4 edition, pp. 104 - 106.

(٢), (3) *Gidon v. Wainwright*, 372 U.S.335(1963).

(٤) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436(1966).

٦. أن يتيأ لهم مترجمون يفهمونهم لغة قضائهم، إذا عجزوا عن إدراكها.

٧. ألا يطبق عليهم قانون جنائي بأثر رجعي، وألا تزيد وطأة العقوبة التي يفرضها هذا القانون بأثر مباشر، عن قدر يكتل تنسبها مع الجريمة. فإذا تعامد قانونان على الجريمة ذاتها، تعين أن يكتفى بالعقوبة الأقل التي قررها القانون اللاحق.

٨. أن يكتل المشرع حقهم في تنفيذ عناصر الاتهام وحضنها، وذلك من خلال مواجهة شهود الاتهام وتوجيههم تشكيكا في أقوالهم، واستدعائهم كذلك لشهود بنفون الاتهام عنهم. كل ذلك في نطاق وسائل إجرائية جبرية يجوز طلبها والحصل عليها.

٩. أن يتوافر لهم شكل من أشكال الطعن في الأحكام التي تصدر ضدهم. على أن تتم مرارعتها من قبل محكمة أعلى لها من استقلالها وحيثتها وطبيعة القواعد التي تطبقها، ما يكتل إصالتها.

١٠. ضمان حقهم في التعويض وفقاً للقانون عن إخلالهم بالجريمة بخير حق. وتكفي عقوبتها دون مقتضى. وذلك كلما نقض الحكم الصادر فيها، أو صدر عفو عنها بعد ظهور واقعة جديدة تؤكد سبباً لا غناء فيه - أن الدخلة لم تقدم في الصورة التي لا يخل بها مجراها *Misscarriage of justice*. ويتعين أن يكون هذا التعويض كاملاً - لا رمزياً - إذ هو تعويض عن خطأ السلطة القضائية للجسيم، أو عن إدارة الدخلة بما يشوه وجهها<sup>(١)</sup>.

١١. أن تفصل في الاتهام محكمة لها من ضماناتها الموضوعية والإجرائية، وعلاوة جلساتها، ما يكتل استقلالها وحيثتها<sup>(٢)</sup>.

(١) شبيه بذلك ما تضمن عليه المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مسن أنه إذا تبين للمحكمة الأوروبية لصابة حقوق الإنسان، أن قراراً أو تدبيراً قد صدر عن سلطة قانونية أو إية سلطة غيرها لإحدى الدول المتعاقدة، وأن هذا القرار أو التدبير يتعارض كلياً أو جزئياً مع الالتزامات الملقاة على علق هذه الدولة، تعين على المحكمة - عند الضرورة - أن تقدم ترضية علنية للطرف المضرور، إذا كان القانون الداخلي لتلك الدولة لا يسمح بخير تعويض جزئي عن النتائج المترتبة على هذا القرار أو التدبير.

(٢) انظر فيما تقدم المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمواد ١١، ٩، ٨، ٧ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ والمادة ٨ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقعة في سان جوسيه في ١١/٢٢/١٩٦٩، وكذلك الميثاق الأفريقي حول حقوق الإنسان والشعوب.

١٢. ضمان استبعاد كل دليل يتم التحصل عليه بالمخالفة للدستور والقانون. ذلك أن القوة المتزايدة للشرطة، وتطور وسائلها التقنية في التحقيق ومطاردة الجناة والقبض عليهم، كثيرا ما أغراها على انتهاج ألفة بالإكراه أو بالوعود الكاذبة<sup>(١)</sup>.

١٣. لا يجوز لسطة الاتهام، أن تساوم المتهم علي النزول عن حق كفله له للدستور The Bargaining away of Constitutional Rights، كأن تدعوه إلى النزول عن الحق في الطعن عن الحكم الصادر بالعقوبة، مقابل إسقاط بعض التهم التي وردت في قرار الاتهام<sup>(٢)</sup>.

ويثور في هذا المقام، موضوع التفاوض مع المتهم علي الإقرار بجريمتها أقل من عقوبة الجريمة التي تضمنها قرار الاتهام، وهو ما يسمى بالإقرار بجريمة من خلال المساومة عليها Plea Bargain .

ويفسر ذلك بأن الجرائم في الماضي كانت قليلة، وكان المتهمون يظفرون دائما بالمثل أمام قضاء يحققون في الاتهام من كل جوانبه ويفصلون فيه. ثم تطور الأمر مع الزمن بعد أن زادت الجرائم بكثرة ملحوظة وأقل عدد قضائها، وابتدع العمل لمواجهة هذه الصعوبة - نظاما تقدم فيه النيابة إلى المتهم ما ادعوا من أدلة في شأن الجريمة التي نسبتها إليه، ويتبعه بالعقوبة التي سيلقاها لو أدين عن هذه الجريمة، ثم تدعوه إلى الإقرار بجريمتها أقل. فإذا أقر بها، حوكم عن الجريمة الأقل. وهو ما يوفر أموالا طائلة يدفعها للمواطنين في مجال تسيير مرفق العدالة، ويحقق مددلا أكبر في مجال الفصل في القضايا، ويوفر فرصة أفضل للمتهم من خلال قضاء عقوبة منتهى أقل من تلك التي كان من المحتمل توقيعها عليه في شأن الجريمة الأكبر<sup>(٣)</sup>.

إلا أن هذا النظام أثار معيا مع كل مزاياه المتقدمة. ذلك أن المتهم ينزل عن الحق في محاكمته عن الجريمة التي اتهم أصلا بارتكابها، والتي قد لا يدان عنها. وهو يحصل علي القبول بالعقوبة الأقل، خوفا من عقوبة للجريمة الأكبر؛ بما ينال من مصلحة الجمهور في أن

(١) Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914); Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949); Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

(٢) Wyman v. James, 400 U.S. 309 (1971).

(٣) Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978).

تتمثل الإحصاءات أن ٩٥,٥% من القضايا الجنائية التي نظرتها ولاية نيويورك في عام ١٩٦٤، تم الفصل فيها من خلال نظام المساومة؛ وأن ٧٤% من مجموع القضايا الجنائية في ولاية كاليفورنيا في العام نفسه، تم الفصل فيها علي مقتضى ذات النظام.

يدان كل متهمة عن الجريمة التي ارتكبتها فعلا. فإذا كان المتهم بريئا من التهمة، نعين إطلاق سراحه، خاصة إذا كان الدليل ضده ملفقا.

### المبحث الثاني

#### الجهة المختصة بتحديد اختصاص المحاكم العسكرية

٦٠٢- تنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ على أن السلطات العسكرية هي وحدها التي تقرر ما إذا كان الجرم دخلياً في اختصاصها أم لا.

#### ولا شبهة في مخالفة هذا النص للدستور، وذلك لما يلي:

أولاً: أن حكم المادة ٤٨ المشار إليها وإن تقرر بقانون؛ وكان القانون يعد تعبيراً عن السيادة الشعبية في كثير من الدول التي تعطيه عصمة يسمو بها على تدخل السلطة القضائية في قواعده، سواء بإبطالها أو تعديلها؛ وكان القانون وإن أقرته السلطة التشريعية المنتخبة، إلا أن الدستور يظل قيماً على قواعده جميعها، فلا تستقيم صحتها إلا بشرط تليقها للضوابط التي أحاطها الدستور بها؛ وكان البرلمان مقيداً بالدستور؛ ولو اختلط بالسلطة التنفيذية أو خلطها لباتم بموجبهاتها؛ وكان خروج السلطة التشريعية، على حدود ولايتها سواء بالدولن على ولاية منحها للدستور سلطة غيرها، أو بالاندماج فيها بما يكفل توحيدهما - لا يقيسها فوق الدستور، ولا يعطيها الحق في أن تستقل بتحديد معاني أحكامها؛ وكانت للنظم العسكرية، ولو صدر بها قانون، إلا أنها هي في النهاية نظم قانونية مخاطبة بالدستور، وعليها أن تنقيد بأوامره فلا تتحول عنها؛ فقد نعين أن يكون الدستور، هذا نهائياً لكل اختصاص<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن إطلاق يد السلطة التشريعية من القيود التي تكبحها، مؤده أن تحدد بنفسها ربوصفها حكماً نهائياً - ما يناقض أو يوافق الدستور. وهو ما يتلبي على وجود محكمة عليا تستقل بتشكيلها وضماطاتها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتقرض عليهما معا قيود الدستور، حتى لا تعمل أيتما فيما وراء دائرة ولايتها، جوراً على اختصاص مقرر لغيرها.

ثالثاً: وإن تنص المادة ١٨٣ من الدستور على أن ينظم القانون القضاء العسكري، ويبين اختصاصه في حدود المبادئ الواردة في الدستور؛ فإن هذه المبادئ تكون قيماً على كل تنظيم تشريعي لهذا القضاء؛ ولا يجوز بالتالي أن مجرد هذا التنظيم، حق الناس كافة في اللجوء إلي

(١) لم تكن الدساتير الفرنسية السابقة على دستور ١٩٥٨، تخول المحاكم حق النظر في دستورية القوانين، وكان منطقياً بالتالي أن يقرر مجلس الدولة الفرنسي وحرفياً، ما يلي:

En l'état actuel du droit public français, un tel moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant en contentieux [C. E. 6 Nov. 1936].

قاضيهما الطبيعي؛ ولا أن يخل بحقهم في الدفاع؛ ولا في النفاذ إلى الوسائل القضائية الملائمة للدفاع عن حقوقهم إذا كانوا غير قادرين مالياً على تحمل نفقاتها؛ ولا أن يهدر ضمانات استقلال القضاء وحيدتهم؛ وامتناع عزلهم؛ وعلائية جلساتهم؛ وخضوعهم للقانون فيما يفصلون فيه من القضايا؛ ولا أن يجوز للتدخل في شؤون العدالة؛ وجميعها حقوق كفلها الدستور لكل فرد وفق مواد ٦٨، ٦٩، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٨ و١٦٩ بما يحول دون الخروج عليها من خلال بسط حدود الدائرة للمنطقة التي يعمل القضاء العسكري في نطاقها؛ وإلا صار قضاء استثنائياً، مغالفاً للدستور.

رابعاً؛ وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا -على ما تنص المادة ٢٥ من قانونها - هي الهيئة القضائية الوحيدة التي تختص بالفصل في كل نزاع على الاختصاص بين جهتين قضائيتين مختلفتين، وكان عليها أن تستبصر أولاً نطاق الولاية التي حددها المشرع لكل من هاتين الجهتين، وأن تفصل بعدئذ فيما إذا كان المشرع قد حدد تخوم هذه الولاية وفق ضوابطها المنصوص عليها في الدستور.

فإذا بان لها مجاوزة المشرع لهذه الضوابط كان عليها أن تبطل النصوص القانونية التي خالفتها من خلال استئصالها لرخصة التصديق المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها على تقدير أن اللجوء لهذه الرخصة، يتصل بنزاع معروض عليها يدخل الفصل فيه في اختصاصها لتعلقه بتطبيق نص المادة ٢٥ من قانونها.

خامساً؛ وإذا تنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية على أن المحاكم العسكرية وحدها هي التي تحد ما يدخل وما لا يدخل في اختصاصها؛ وكان ما قرره هذا القانون في ذلك -وهو سابق في وجوده على العمل بقانون المحكمة الدستورية العليا- ينقض اختصاص هذه المحكمة المنصوص عليه في المادة ٢٥ من قانونها، فإن قانون الأحكام العسكرية لا يكون معدلاً لقانون لا حق عليه، خاصة إذا كان هذا القانون اللاحق قد نظم بصورة مبتدأ القواعد التي تحكم التنازع على الاختصاص بين جهتين قضائيتين مستقلتين أي كان موقعهما أو طبيعتهما التنظيم القانوني الذي يحكمهما. فضلاً عما هو مقرر من علو المحكمة الدستورية العليا على كل هيئة قضائية سواها. وهو ما حولها -وفقاً لقانونها- السلطة التي تحد بها، ليس فقط الهيئة القضائية التي اختصاصها المشرع بالفصل في النزاع محل التنازع، وإنما كذلك إفساء ولاية

جديدة علي هذه الهيئة إذا كان النزاع قد خرج من يدها بصفة نهائية بإصدارها حكماً قاطعاً فيه بعد تقديم طلب فض للنزاع إلى المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>.

ولا يتصور بالتالي أن يتولي القضاء العسكري مهمة الفصل في نزاع علي الاختصاص يكون هو طرفاً فيه، وإلا انقلب خصماً وحكماً في آن واحد.

سادساً : كذلك فإن الهيئتين القضائيتين المتنازعتين علي الاختصاص تتكافآن قدرأً، ولا تطو إحداهما علي أخرى. وإنما هما خصمان في موضوع معين يتعين أن تقصل فيه محكمة تطوهما معاً، هي المحكمة الدستورية العليا التي يستحيل أن تكون أحكامها سرياً علي ما يجري به قضاؤها- طرفاً في نزاع علي الاختصاص. وفي ذلك ضمان لحيدتها فيما بين الجهتين المتنازعتين علي الاختصاص، لتخص إحداهما بالفصل في النزاع للمعروض عليهما باعتبارها أولى به من غيرها وفق أحكام الدستور والقانون<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٣ قضائية تنازع- قاعدة رقم ٥- جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ ص ٤٥٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. انظر كذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "منزعة تنفيذ"- قاعدة رقم ٣- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ ص ٤٠٥ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٤ قضائية تنازع- قاعدة رقم ٧- جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ ص ٨٣٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها، وفيها فصلت المحكمة الدستورية في تناقض مدعي به بين حكمتين نهائيتين صدرت أحدهما عن محكمة أمن الدولة العليا، وتلقبها عن المحكمة العسكرية العليا، قاطعة بذلك بعدم إعتدائها بنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية. ذلك أنه سواء تعلق الأمر بالنزاع علي الاختصاص أو بالتناقض في الأحكام، فإن المحكمة الدستورية العليا لا تقصل في هذا النزاع إلا علي ضوء أجراء هاتين المحكمتين بنظره في إطار الحدود التي رسمها المشرع لولاية كل منهما بما لا يناقض الدستور.

### للمبحث الثالث

#### قانون الأحكام العسكرية قانون خاص

٦٠٣- هو قانون خاص بالنظر إلى نوع الجرائم التي ينظمها، والمسؤولين جنائياً عن ارتكابها، وتشكيل المحاكم التي تفصل فيها، وطرق الطعن في أحكامها والقواعد التي أفردها في مجال التصديق عليها. وهو بذلك يستقل عن محاكم القانون العام سواء في تشكيلها أو ضماناتها، خاصة ما يتعلق منها بحيثتها واستقلالها، وهما ضمانان أساسيان لصون حقوق المواطنين وحرياتهم. وحتى وإن نص هذا القانون الخاص على تطبيق القواعد الإجرائية التي حوّاها القانون العام، إلا أن الكيفية التي تطبق بها القواعد عملاً هي التي تسم المحاكم العسكرية بالخروج على النمط الإجرائي لمحاكم القانون العام.

وهذا التنظيم الخاص وإن كان يمايز بين الجرائم بعضها البعض بالنظر لخصائصها، وكان الأصل في التنظيم لخاص، أن ينبو عن قواعد القانون العام إلا إذا أحال إليها، أو خلا من نص على خلافها، إلا أن إفراد أنواع بذواتها من الجرائم بقانون خاص يحيط بها، لا يعتبر معيباً دستورياً، ولو فقد القانون الجنائي تلك الوحدة التي تقتض تنظيمها شاملاً ووحيداً<sup>(١)</sup> للجرائم جميعها. ذلك أن وحدة القانون الجنائي، أو تفرق قواعده بين أكثر من قانون، يرتبط دوماً بطبيعة المصالح التي ينظمها.

فكلما كان لبعض المصالح الهامة ذاتيتها التي تفردها بخصائص تستقل بها، وتبرر تمييزها عن غيرها، فإن تنظيمها بقانون خاص لرد العدوان عليها بجزاء يلائمها، لا يكون مخالفاً للدستور. إذ هو أدخل إلى الممارسة التشريعية التي لا يجوز لجهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تخوض في صحتها، ولا أن تجل بصرها في بواعثها أو حكماتها؛ ولا أن تحدد نفسها بديلاً أفضل من المشرع، وإنما تنحصر مهمتها في أمرين:

أولهما: تقدير الأسس التي أقام المشرع عليها نظام التجريم، وتقييم العقوبة التي قدرها لكل جريمة من جهة غلوها، أو قسوتها، أو ضرورتها أصلاً<sup>(٢)</sup>.

ثانيهما: ألا تهبط القواعد الإجرائية التي تحيط بالمتهمين الذين يحاكمون عن جرائمهم، عن الحد الأدنى من الحقوق التي يتعين ضمانها لهم. وشرط ذلك أن تكون محاكمتهم منصفة لا يمتاز فيها بعض المتهمين على بعض، وإنما يظلم الدستور جميعاً بالحماية، ولو كانوا غير

(١) لا يكون توقيع العقوبة واجباً إذا صدر قانون أصح للمتهم.

مواطنين، ويشملهم بالتالى افتراض البراءة والحق فى دفع الاتهام -بما فى ذلك مواجهة شهود إثباته- بكافة الوسائل القانونية.

وهذه المحاكمة المنصفة التى خلا الدستور حتى من بيان صورة إجمالية لملاحمها، إلا أن قضاء المحكمة الدستورية العليا حدد خطوطها الرئيسية فيما جاء به من أن هذه المحاكمة قوامها خصائص للنظم التى التزمتها الدول الديمقراطية فى مجال إدولتها للعدالة الجنائية وسعيها لتحقيق متطلباتها، على تقدير أن لكل جريمة أثرا مباشرا يتمثل فى حرمان مرتكبها من الحق فى الحياة والحرية، وقد تجرده من أموال يملكها؛ وأن كسل عقوبة تخرج عن المقاييس المعاصرة لمفهوم الجرائم، تنكض شرط الوسائل القانونية السليمة؛ وأن الأغراض الاجتماعية التى يستهدفها التجريم لا يندرج تحتها حرص الجماعة التى يوجد المتمهم بين ظهرانيها، على إرواء عطشها للنار والانتقام، ليكون بطشها بالمتهم تنكيلا؛ وأن الإفراط فى التجريم، والمغالاة فى العقوبة، وإن كانا محظورين، إلا أن كل جزء جنائى لا يجوز أن يقل فى مده عما يكون لازما لحمل المخطئين بالنصوص الجنائية، على أن ينتهجوا طريقا سويا، فلا تجد الجريمة مدخلا لنفوسهم، ولا يكون ارتكابها -إذا ما عقوا العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها<sup>(١)</sup>.

بما موداه أن كل عقوبة لا يجوز الإفراط فيها، ولا إيهانها بما يجاوز مقاصد التجريم.

كذلك فإن كل عقوبة يتعين وزنها بالنسبة لضمان عدالتها التى لا يكفلها غير تناسبها مع الجريمة وتجردها من قسوتها، فضلا عن إمكان تفريدها، على تقدير أن المذنبين لا يتفقون جميعهم فى ظروفهم، ولا فى ماضيهم، ولا فى نزوعهم إلى الجريمة والإصرار عليها كنمط فى سلوكهم لا يتبدل. لذلك وحده هو الطريق إلى محوّلتها.

٦٠٤- ويتعين بالتالى العمل على تحقيق أمرين:

أولهما: أن تحكم النصوص الجنائية مقاييس صارمة تتطرق بها وحدها، ومعايير حسادة نلتزم مع طبيعتها، ولا تزلحها فيما سواها من القواعد القانونية.

(١) للقبضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية كستورية -قاعدة رقم ٢ جلسة ٦ يوليو ١٩٩٦- ص ٦٣ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها؛ والقبضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "كستورية" قاعدة رقم ٩ - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - ص ١٤٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ثانيهما: أن يوازن المشرع في مجال الاتهام الجنائي بين ضمان الحرية الشخصية في إطار متطلباتها؛ وبين حق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية. فلا يخل هذا التوازن بمفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة وأموثها وقعا. ومناط ذلك، أن يكون تحقيق الاتهام موضوعيا بأن تجريه علانية، وخلال مدة معقولة، ووفق قواعد قانونية محددة سلفا علي ضوء ضوابط محايدة في حقيقتها لا في مظهرها، محكمة ينشئها القانون، ولها من استقلالها وحيدتها، ما يكفل تثبيتها من حقيقة الاتهام. وبما يخل بالحد الأدنى من حقوق المتهم المائل أمامها.

ويظل المشرع في إطار هذه المنظومة المتكاملة الأركان بالخيار بين تقرير تنظيم خاص لبعض الجرائم، أو إلحاقها بالقانون العام ليحكمها في كافة مناحيها.

فإذا اختار المشرع إفراد قانون خاص لجرائم بذواتها لها من خصائصها وطبيعتها جزاءاتها، ما يسوغ فصلها عن جرائم القانون العام، كان ذلك مما يستقل بتقديره، وبما لا يخل بالفصل في دستورية نصوص هذا القانون الخاص علي ضوء أحكام الدستور<sup>(١)</sup>.

٦٠٥- وقد حدد قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦١، الجرائم العسكرية حصرا، وبين أنواعها وعقوباتها -الأصلية والتبعية والتكميلية- بما يلائم طبيعتها ويكفل تحقيق مفاهيم الردع من خلال الجزاء المقرر علي ارتكابها.

وأقام هذا القانون الخاص كذلك، المحاكم التي تختص بالفصل في هذه الجرائم وإيقاع عقوباتها، وبين درجاتها وطرائق تشكيلها وإجراءاتها، وقوة أحكامها وقواعد إصدارها، وطرق الطعن فيها، والسلطة المختصة بالتصديق عليها، وكيفية تنفيذها، واقتضاء المبالغ للمحكوم بها. كل ذلك ليحيط المشرع بهذه الجرائم في كافة أحكامها.

(١) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٢ جلسة ٢١ يوليو ١٩٩٦- ص ٦٣ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكامها؛ والقضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٩- جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- ص ١٤٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

### المبحث الرابع

#### نظرة عامة لقانون الأحكام العسكرية الصادر

بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦

٦٠٦- يطبق أحد الفقهاء المصريين على هذا القانون قائلًا بأن الذين صاغوه، جعلوه أكثر تخلفًا من كثير من القوانين للقائمة في التنظيم المقارن. فلم يستند هذا القانون من ذلك التنظيم، وإنما جعل تشكيل المحاكم العسكرية مقصورًا على العسكريين، ولو كانوا غير حائزين لإجازة الحقوق التي لم تشترط في غير المدعى العام، ومدير الإدارة العامة للقضاء العسكري، كضمان لحسن توليهم المهام التي يقومون عليها، وهي من طبيعة قضائية.

ولم يجهز قانون الأحكام العسكرية الطعن أمام محاكم للقانون العام في أحكام المحاكم التي شكلها، وأعطى الضابط المصدق عليها، سلطة كاملة تصل إلى حد تحويل بنيانها.

ولم يحقق المشرع بذلك وحدة القضاء بين المدنيين والعسكريين، بينما كان له حظ السبق على الدول العربية في إلغاء القضاء الطائفي بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، وإلماج محاكم الأحوال الشخصية في المحاكم المدنية<sup>(١)</sup>.

(١) د. محمود محمود مصطفى - الجرائم العسكرية في القانون المقارن - الجزء الأول - ص ٢٨ من الطبعة الأولى ١٩٧١.

### المبحث الخامس

#### جلب المدنيين إلى المحاكم العسكرية

٦٠٧- ويزيد الأمر سوءاً، أن نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية تقرر أحكاماً تخرج بها النظم العسكرية عن طبيعتها. ذلك أنها تخول رئيس الجمهورية سلطة مترامية فسي مدامها، تصير بها النظم العسكرية هي الأصل في العلاقة بين السلطة العسكرية والمدنيين، رغم ما هو مقرر قانوناً من أن الجرائم التي تنشئها هذه النظم، لها طبيعتها الاستثنائية بالنظر إلى خروجها في مفهومها ولحكامها على جرائم القانون العام، وأن طبيعتها الاستثنائية هذه تقتضى تفسيرها في حدود ضيقة، سواء من جهة مضمونها، أو للمخاطبين بها.

وتظهر هذه المخالفة من قراءة المادة ٦ المشار إليها، التي لا تخول فقط رئيس الجمهورية بمقتضى فقرتها الأولى أن يحيل إلى المحاكم العسكرية لجرائم التي تخرجه بأمن الدولة من جهة لادخل أو الخارج، وما يرتبط بها من الجرائم؛ ولكن فقرتها الثانية تخلط كذلك بين مجال تطبيق قانون الأحكام العسكرية وقانون الطوارئ، وهما مجالان منفصلان أصلاً، وعلى الأخص لأن حالة الطوارئ موقوتة بطبيعتها، ولها أسبابها وجرائمها التي تفصل فيها محاكم أمن الدولة التي نظمها القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨.

ولكن نص الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، استبدل المحاكم العسكرية بمحاكم أمن الدولة، واختص الأولى بالنظر في كل جريمة أُلحقها قانون العقوبات أو أي قانون آخر؛ إذا أحالها إليها رئيس الجمهورية إثر إعلان حالة الطوارئ.

#### ٦٠٨- وقد أثار تطبيق الفقرة الثانية المشار إليها جدلاً كبيراً حول حقيقة المقصود بها.

ومن ثم عرض طلب تفسيرها تفسيراً تشريعياً على المحكمة الدستورية العليا، التي جله بقرارها الصادر في هذا الطلب <«أن عبارة أي من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠، يقصد بها الجرائم المجددة بنوعها تحديداً مجرداً؛ وكذلك الجرائم المعينة بنوعها بعد ارتكابها فعلاً»>.

وقد قام قرار المحكمة الدستورية العليا في ذلك على الدعام الآتي ببيانها:

أولاً: أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، مؤداه ألا تنصر عبارتها بما يخرجها عن معناها، أو فصلها عن سياقها أو بما يناقض الأغراض المقصودة منها.

ثانياً: أنه إذا وضع اللفظ لمعنى واحد على سبيل الشمول والاستفراق، صار منصرفاً إلى كافة أفراده بغير حصر لهم. ومن ثم كان العلم دالاً على الشمول والاستفراق، ولا يخصص بغير دليل. وإلا كان ذلك تأويلاً غير مقبول. ويتعين بالتالي حمل كل نص تشريعي أفرغ في صيغة عامة، على معنى الاستفراق، حتى يقوم الدليل جلياً على تخصيصها. وإذا كان لرئيس الجمهورية بمقتضى الفقرة الثانية محل التفسير، أن يحيل إلى المحاكم العسكرية أية جريمة نص عليها قانون الحريات أو غيره من القوانين، وكانت عبارة "أية جريمة" تدخل بمضمونها دون تخصيص، وإطلاقها دون تقييد، على اتساعها لكل جريمة يقرر رئيس الجمهورية إحالتها إلى القضاء العسكري، فإن قصر سلطته في ذلك على الجرائم قبل ارتكابها -والتي يحددها بالنظر إلى نوعها- دون غيرها من الجرائم التي يعينها بذواتها بعد وقوعها، يكون غير صحيح قانوناً.

ثالثاً: إذ يقرر رئيس الجمهورية -وفقاً للفقرة الثانية من المادة [٦]- إحالة جريمة أو جرائم بذواتها بعد وقوعها على ضوء ظروفها، ودرجة الخطورة المتصلة بها سواء بالنظر إلى موضوعها أو مرتكبيها، فإنه بذلك يزن كل حالة على حدة بما يناسبها، ويقرر الإحالة أو يفض بصره عنها على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة العامة في درجاتها العليا، بما لا يناقض حقوق المواطنين عدوياً عليها، أو يخل بحرياتهم انحرافاً عن ضماناتها.

رابعاً: أن لطباق نص الفقرة الثانية -محل التفسير- على جريمة بذاتها تحدد أبعادها ودرجة خطورتها بعد ارتكابها، أولى من سريانها على جرائم يحددها رئيس الجمهورية بالنظر إلى نوعها، فلا يكون إدراجها في قائمة تحصيلها، دالاً على ظروفها الشخصية، ولا كاشفاً عن الأوضاع التي تلاعبها.

خامساً: أن إعمال هذه المحكمة لسلطانها في مجال التفسير التشريعي المنصوص عليها في المادة ٢٦ من قانونها، يقتضيها ألا تحزل نفسها عن إرادة المشرع. بل عليها أن تستظهرها وقفاً على كنهها، مستعينة في ذلك بالتطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها تفسيراً تشريعياً، وكذلك بالأعمال التحضيرية التي سبقها أو عاصرتها.

ونقطع الأعمال التحضيرية للفقرة الثانية لهذا النص بأن إحالة قضايا معينة" مما يدخل في اختصاص رئيس الجمهورية وفقاً لحكمها.

مبدأياً: أن الطبيعة الاستثنائية لنص تشريعي معين، لا تحل في مجال تفسيره وفقاً لنص المادة ٢٦ من قانون هذه المحكمة- إهدار إرادة المشرع، أو الإعراض عن المقاصد التي ابتغاهها من وراء تقريره.

٦٠٩- وقد أثار هذا التفسير خطأ كبيراً بين حقيقة مضمونه من جهة؛ ودستوريته من جهة ثانية.

ومرد هذا الخطأ، أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً لا يزيد على مجرد استخلاص إرادة المشرع في شأنها، شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في ذلك، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية إذا تبين لها خفاء بعض النصوص القانونية التي أقرتها وأتبعها بالتالي على القائمين على تطبيقها<sup>(١)</sup>. فالنص التشريعي في هاتين الحالتين، يتسم بحد من الخصائص أهمها.

١. أن هذا التفسير ليس بخصوصية قضائية تعكس بذاتها حدة التناقض بين مصالح أطرافها؛ ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضماناتها؛ وعن طريق القضاء أفراداً.

٢. أنه فيما خلا الشروط التي قيد بها قانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها في مجال التفسير التشريعي -كذلك التي تتعلق بأهمية النصوص القانونية التي تتولى تفسيرها، وإثارتها خلافاً حول تطبيقها يقتضي تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً لمحلها- فإن المحكمة الدستورية العليا تحل محل السلطة التشريعية ذاتها في مباشرتها لمهمتها هذه. وهي بذلك تلتزم بضوابطها في مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها بالتفسير التشريعي تحريفاً للنصوص القانونية أو تحويراً لمقاصدها. وهي كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مسألة أولوية يقتضيها الفصل في خصوصية قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير

(١) انظر في ذلك طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٨ قضائية "تفسير" جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ - قاعدة رقم ٣- ص ٣٨٤ وما بعدها من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا بعد تفسيرها النص المطلوب تفسيره في الطلب المرفوع إليها بذلك، عادت إلى الفصل في دستورية هذا النص، وانتهت إلى رفض الطعن بعدم دستوريته، بما يفيد أنه إما كان مضمون النص -وسواء حدده المشرع أو حددته المحكمة الدستورية العليا من خلال سلطتها في التفسير التشريعي- فإن الطعن في تطبيق هذا المضمون مع الدستور، يظل اختصاصاً ثابتاً للمحكمة الدستورية؛ انظر في ذلك القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩١ - قاعدة رقم ٤٢- ص ٣٥١ من الجزء الرابع. وفيها بحثت المحكمة ما إذا كان النص الذي سبق لها تفسيره تفسيراً تشريعياً، بعد مخالفاً أو موافقاً للدستور.

الحقوق المدعى بها أو نفيها؛ وإن لم يتوخ هذا التفسير مجرد توحيد دلالة النصوص القانونية المضطربة معانيها، حتى يستقيم تطبيقها في مواجهة المخاطبين بها، فلا تعدد لتأويلاتها.

٣. وإذا تحدد المحكمة الدستورية العليا من خلال التفسير التشريعي دلالة النصوص القانونية التي تفسرها، وكان قرارها بالتفسير يتنمى في هذه النصوص؛ ويرتد إلى تاريخ العمل بها؛ فلا يتفصل عنها، وإنما يصير جزءاً منها، فإن تحويل قرار التفسير من خلال إعادة النظر فيه أو عن طريق إدخال عناصر جديدة عليه، يكون محظوراً، ذلك أن قرار التفسير يعتبر ملازماً لكل سلطة وللناس جميعهم.

٤. وإذا كان من المقرر قانوناً ألا تفسر النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً بما بمسماها، أو يفسلها عن موضوعها، أو يعجزها عن تحقيق الأغراض المقصودة منها؛ على تقدير أن المعاني التي نكل عليها النصوص -ولتى لا يجوز تحريفها- هى التى تصح عن حقيقة محتواها، وتكل على ما قصده المشرع منها، فقد صار أمراً مقضياً تقرير حقيقة قانونية مفادها أن طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يستتضى طلباً ضمناً بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور. ذلك أن طلب التفسير الذى يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ٢٦ من قانونها، لا يخلوها غير استصفاء إرادة المشرع التى حمل عليها النصوص القانونية محل التفسير. وهى تستخلص هذه الإرادة بغير تقييم منها لأوجه اتفاق هذه النصوص أو معارضتها للدستور؛ وإنما لتعطى تلك النصوص دلالتها وفق ما ابتغاها المشرع منها، سواء هجد المشرع بإقرارها مخالفة الدستور أو تقيد بأحكامه، وسواء كان موقفه منها مجانباً الحق أو ملازماً به، محايداً أو ملتوياً<sup>(١)</sup>.

بما موداه أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يطل، أو يقيد سلطتها فى مجال للفصل فى دستورية هذه النصوص ذاتها.

(١) انظر فى ذلك طلب التفسير رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ١٧٩٥/١/٢١ - قاعدة رقم ٢ - من ٨٢١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ذلك أن التفسير التشريعي لتلك النصوص، لا يحدد غير مضامينها على ضوء إرادة المشرع ووفق مقاصده منها. وتحديد فحواها وأغراضها على هذا النحو، غير اتقنها أو مخالفتها للدستور. فالأمران مختلفان، بل هما نقيضان<sup>(١)</sup>.

وعليها بالتالي أن نقرر، أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يطهرها، لا من متالبها الشكلية، ولا من عيوبها الموضوعية. وإنما يظل عوار مخالفتها للدستور كامناً فيها، لا يتحول عنها.

ويظل بالتالي مطروحاً أمام المحكمة الدستورية العليا، أمر الفصل في دستورية الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، والمعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠.

٦١٠- والحقيقة للقانونية التي لا نزاع فيها، هي مخالفة هذه الفقرة للدستور. وهي حقيقة لا ينال منها قضاء المحكمة العليا في الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ قضائية من أن الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، يرتبط تطبيقها بإعلان حالة الطوارئ الموقوتة بطبيعتها؛ وأن رئيس الجمهورية إذ يحيل إلى المحاكم العسكرية جرائم القانون العام المنصوص عليها فيها؛ فإن قراره في ذلك يكون مجرد أداة لتنفيذ حكم هذه الفقرة التي لا ينتقص تطبيقها من الاختصاص المقرر قانوناً لمحاكم القانون العام بالفصل في هذه الجرائم ذاتها، ما دام هذا الاختصاص مخولاً كذلك للمحاكم العسكرية بنص له قوة القانون على ما تقدم؛ وطالما كان إعمال رئيس الجمهورية لسلطة الإحالة، إنما يتم تنفيذاً لهذا النص<sup>(٢)</sup>.

(١) وخير شاهد على ما تقدم، ما تم في الطلب رقم ٢ لسنة ٨ قضائية، الذي قدم إلى المحكمة الدستورية العليا لتفسير نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ تفسيراً تشريعياً. وما أن صدر هذا التفسير، حتى نعى المدعى في الدعوى الدستورية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "دستورية"، على هذه المادة ذاتها، مخالفتها للدستور. وقد قضى بقبول هذا الطعن شكلاً وبرفضه موضوعاً. ولو كان التفسير التشريعي لنص المادة المطعون عليها في هذه القضية حلالاً دون تجريئها على أساس مخالفتها للدستور، لقضى بعدم قبول هذه الخصومة لاتصالها بالمحكمة الدستورية العليا بالمخالفة للأوضاع المقررة أمامها. لقضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩١ -قاعدة رقم ٤٢- ص ٣٥١ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) صدر الحكم في هذه الدعوى من المحكمة العليا -الأسبق وجوداً من المحكمة الدستورية العليا- في ٢ أبريل ١٩٧٦، ونشر في صفحة ٤٥٦ وما بعدها من الجزء الأول (مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية) من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة منذ إنشائها في ١٩٧٠ وحتى نوفمبر ١٩٧٦.

وظاهر مما تقدم، أن المحكمة العليا في القضية رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية؛ لم تناقض السلطة التي يحل بها رئيس الجمهورية -عند إعلان حالة الطوارئ- كافة جرائم القانون العام إلى المحاكم العسكرية، إلا من زلوية بعينها، هي أنها مجرد أداة لتنفيذ نص قائم في قانون معمول به.

ولم تخض بذلك في مضمون هذه السلطة، أو نطاقها، أو في الآثار القانونية التي ترتبها، لتفصل في انقائها أو تعارضها من الدستور.

ومن ثم يكون حكمها مقصوراً على دائرة ضيقة، هي تلك التي تتعلق بالسلطة التي يحل بها رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية، الجرائم المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة (٦) أنفة البيان. ومن ثم تتعلق هذه السلطة بنطاق اختصاص رئيس الجمهورية في شأن هذه الجرائم.

٦١١- وإذا كان الفصل في الاختصاص -وجوداً أو انقضاء- هو فصل في مطاعن شكائية؛ وكان من المقرر في المطاعن الشكائية، أنها لا تعيق المطاعن الموضوعية، ولا تجبها، ولكنها تنقضيها؛ فإن قضاء المحكمة العليا في شأن الاختصاص المقرر لرئيس الجمهورية بمقتضى هذه الفقرة، لا يطل ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال التحقق من اتفاق السلطة التي يباشرها رئيس الجمهورية وفقاً لحكمها، مع نصوص الدستور في مادتها أو موضوعها.

فإذا استقام ما تقدم صحيحاً في الأذهان، وقام على سند من القانون، تبين أن نتحدد دستورية الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، من منظور النقاط الآتية ببيانها:

١. أن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات -والتي يجوز لرئيس الجمهورية أن يحيلها إلى المحاكم العسكرية عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها- هي جرائم القانون العام، إذ هو إطارها والدائرة المنطقية لتنظيمها.

وإذا تحول الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، رئيس الجمهورية سلطة إحالتها كلها أو بعضها إلى غير قاضيتها الطبيعي، ممثلاً في المحاكم العسكرية، التي تتولى وحدها الفصل فيها بمجرد إحالتها إليها؛ فإن اختصاص هذه المحاكم يتحول من الدائرة المحدودة التي ينبغي أن ينحصر فيها، إلى اختصاص شامل يحوّل حول الجرائم جميعها، ويسمها في كل أحوالها

وأوعاها، بما يقيم تلك المحاكم كجهة قضائية وحيدة تفصل في كافة الجرائم المحالة إليها، وذلك أيا كان موضوعها، أو أشخاص مرتكبيها.

٢. أن تحويل رئيس الجمهورية الحق في أن يحيل ما يراه من الجرائم إلى غير قضائتها الطبيعيين، يجعل في ثنائها مخاطر إساءة استعمال السلطة؛ ويقوض كذلك قواعد الاختصاص التي يحدد المشرع بموجبها لكل هيئة قضائية ولايتها. ذلك أن الأصل هو ألا تتداخل ولايتان قضائيتان، ولا أن تتزاحما في موضوع واحد، ولا أن تنتزع جهة قضائية ولاية أثبتها المشرع لغيرها، وإلا كان ذلك عدواناً على استقلالها.

٣. غير صحيح ما قرره المحكمة العليا من أن نص الفقرة الثانية من المادة ٦ الممثل إليها، يبقى محاكم القانون العام إلى جوار المحاكم العسكرية، ويجعل اختصاصهما بنظر جرائم القانون العام المنصوص عليها في هذه الفقرة، مشتركاً. غير صحيح ما تقدم. ذلك أن رئيس الجمهورية إذ يحيل هذه الجرائم كلها أو بعضها إلى المحاكم العسكرية، فذلك ليخصصها بها، بما يجعل للفصل فيها مقصوراً عليها.

ومن غير المتصور كذلك أن تتعاود ولايتان على محل واحد.

٤. أن قرار رئيس الجمهورية بإحالة الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٦ إلى المحاكم العسكرية، ليس مجرد أداة لتنفيذ حكمها. بل إسباغ لاختصاص نظر هذه الجرائم على تلك المحاكم. فلا يكون نقل هذا الاختصاص إليها، غير ولاية جديدة ومبتدأه يخلعها رئيس الجمهورية عليها، كي تباشرها بنفسها، وتحتجزها لحسابها.

ولا كذلك سلطة التنفيذ التي يقتصر مجال إعمالها على تفصيل أحكام أجهلتها القوانين القائمة، بما ليس فيه من تعديل لها أو إعفاء من تطبيقها.

٥. أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية بمقتضى هذه الفقرة، تتصل بولاية قضائية قائمة، وتنتقل بعض جوانبها إلى جهة غيرها. وهو بذلك ينشئها للجهة الجديدة، ويقيمها عليها ويخصصها بها من خلال سلطة تقديرية مطلقة تتناقض مبدأ الخضوع للقانون بما يقوم عليه من نبيذ كل أشكال التحكم على اختلافها.

٦. أن حالة الطوارئ في مصر، والتي يرتبط إعلانها باستعمال رئيس الجمهورية للسلطة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٦ آنفة البيان، تكاد أن تكون حالة دائمة يتحول بها اختصاص رئيس الجمهورية في نطقها، إلى سلطة لا تقطاع لها تتحدد بدايتها

بقرار رئيس الجمهورية إعلان الحالة الطارئة. وهي حالة قلما ينهيهها لا هو، ولا السلطة التشريعية التي يلجأ إليها لمدتها. فلا يكون دوام تلك الحالة غير الأصل فيها.

٧. القول بأن النظم العسكرية لها من إجراءاتها في التحقيق والمحاكمة ما يكفل سرعتها، ويدعم الأعراض المقصودة منها، مردود بأن الحق في التقاضي ومآله وضماناته التي لا يجوز الإخلال بها. وكثيرا ما يكون عامل السرعة مدخلا إلى محاكمة مختصرة فسي إجراءاتها، بما يناقض حقائق العدل التي لا يجوز التهورين منها. فضلا عن أن الأصل في كل قاعدة إجرائية، أن يرتبط تطبيقها بمبرراتها المطلقة؛ وبملاءمتها لضمان حقوق أفضل للمتهمين جميعهم؛ وبتكاملها مع غيرها من القواعد الإجرائية والموضوعية، لتقيم في مجموعها البنيان المقبول للنظم القضائية جميعها، والجنائية منها على الأخص، بحكم اتصالها المباشر بالحرة الشخصية.

٨. أن تحرير النظم القضائية القائمة من خلال نقل جرائم القانون العام من الجهة التي تختص أصلا بنظرها، إلى المحاكم العسكرية التي لها من جهاتها، وأوضاع تشكيل قضائها، وقصوتها، وإجراءاتها التحكيمية، وضماناتها المتبصرة، ما يحيط بالمحاكمة الجنائية أمامها بمخاطر كبيرة قلما ينجو المتهمون منها، وتخرج بها عن صميم منهاجها.

٩. أن المواطنين الذين ينتزعون من قضائهم الطبيعيين، يواجهون ميل المعايير العسكرية إلى التضيق من ضماناتهم القضائية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحق في اختيار محامين يساندونهم في كافة مراحل التحقيق، وينبهنهم إلى كيفية تصرفهم أثناء جريانه؛ ويبصرونهم بحقيقة الأدلة المتوافرة ضدهم وما ينبغي أن يقدم من الأوراق والشهود لحضنها.

وحتى مع وجود هذه الضمانة، فإن المحامين كثيرا ما يردون عنها من خلال الأجال القصيرة التي يؤذن لهم فيها بقراءة أوراق التحقيق.

٦١٢- ومن هذه الزاوية، كان حرص المحكمة الدستورية العليا على أن تضمن قرارها الصادر في طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ قضائية، العبارة الآتى نصها:

"إن رئيس الجمهورية إذ يحيل - وفقا لنص للفترة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية- جريمة يعينها أو جرائم بنواتها بعد وقوعها على ضوء ظروفها ودرجة خطورتها، سواء في موضوعها أو بالنظر إلى مرتكبيها، فإنما يزن كل حالة على حده بما يناسبها، ويقرر إحالتها أو بغض نظره عنها على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها للمصلحة

العامه في درجاتها العليا، بما لا ينافي حقوق المواطنين عدوانا عليها، أو يخل بحرياتهم  
اتحرافا عن ضماناتها<sup>(١)</sup>.

وهذه الحيثية التي أوردتها المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير المذكور، وإن لم يكن لها شأن باستخلاص إرادة المشرع وقفا على كثرتها، لتحدد على ضوءها مضمون النصوص القانونية محل التفسير؛ إلا أن المحكمة الدستورية العليا ما سطرتهام، ولكنها قصبتها لتدعو رئيس الجمهورية إلى ما يأتي: ما ينبغي أن يأخذ في حاسبه عند إعمال الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها.

أولاً: أن يحيل إلى المحاكم العسكرية، الجريمة أو الجرائم التي يقدر خطورتها بعد إعلان حالة الطوارئ، على ضوء مقاييس موضوعية يستهض بها الحقائق الواقعية جميعها، ويوازن منهجياً بين كافة عناصرها، ليحلل كافة مكوناتها في اعتباره.

ثانياً: أن يكون دافعه إلى إحالة الجريمة أو الجرائم التي يعنها على ضوء خصائصها، منحصراً في المصلحة العامة في درجاتها العليا؛ وبما لا يخلل فيه بحقوق المواطنين انتهاكاً لها، أو بحرياتهم اتحرافاً عنها.

ثالثاً: أن تقدير المشرع لضوابط الولاية التي يعطى على ضوءها لكل جهة قضائية نصيبها من القضايا التي يخصها بها، ويكلفها الفصل فيها؛ غير تقدير رئيس الجمهورية لتحويل قواعد هذه الولاية بما يحل من نطاقها أو يخرجها عن طبيعتها.

ذلك أن التقدير في الحالة الأولى لا يكون أصلاً إلا موضوعياً. بينما توجهه العوامل الشخصية في الصورة الثانية، وهي عوامل كثيراً ما تقود إلى التحكم.

رابعاً: ولئن كان الدستور قد فوض المشرع في أن يحدد للنظم العسكرية ملاحمها التي يندرج تحتها نطاق مرياتها، وصلتها بالخاضعين لها، وحقوقهم قبلها، وأنماط الجرائم التي تولجها بما يحيط بأركانها وبأجزاء عليها؛ وكان ما يتوخاه المشرع من هذا التنظيم، هو أن تكتمل عناصره جميعها؛ إلا أن القواعد التي يقوم عليها، والقيم الأيدلوجية التي يصدر عنها، لا يجوز أن تخل بالحرية الشخصية في غير ضرورة، ولا بحقائق الحل في متطلباتها الأمرة. وأخصها أن المدنيين يخرجون أصلاً عن النظم العسكرية، فلا تشملهم مفرداتها، ولا الأغراض التي تستهدفها؛ إذ هم غرياء عنها، فلا تجوز ملاحظتهم بها، أو إخضاعهم لها.

(١) ص ٢٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

خامساً: أن الذين يجلبون إلى المحاكم العسكرية هم الذين يرتبطون حقيقة بالنظم العسكرية، فإذا لم تكن لهم صلة بها، أو قام الدليل على انقطاع هذه الصلة بعد سبق تولفها، لم يعد لتطبيق هذه النظم عليهم من محل<sup>(١)</sup>.

سادساً: وما قرئناه في شأن ما يحيله رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية من الجرائم عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، يصدق كذلك -وبالقوة ذاتها- على فقرتها الأولى التي تقرر سريان قانون الأحكام العسكرية على الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وما يرتبط بها من جرائم، إذا أحالها رئيس الجمهورية إلى القضاء العسكري.

ذلك أن هاتين الفقرتين، وإن اختلفتا في أن فقرتها الأولى لا تدخل رئيس الجمهورية غير إحالة جرائم أمن الدولة -توّن غيرها- إلى المحاكم العسكرية، ولا تقيده في ذلك بزمان دون آخر، وكانت فقرتها الثانية تجعل من حالة الطوارئ قيلاً زمنياً على مباشرة رئيس الجمهورية لسلطته في إحالة جرائم القانون العام المنصوص عليها فيها إلى هذه المحاكم؛ إلا أن هاتين الفقرتين تتفقان في تخويلهما رأس الجمهورية سلطة إخراج بعض الجرائم من دائرة القانون العام، لإحيل جناتها إلى المحاكم العسكرية التي تخضعهم لنظمها.

ولئن جاز القول بأن للجرائم التي تدخل بأمن الدولة -داخلها أو خارجها- إلا أن مجرد خطورة الجريمة لا يربطها بالنظم العسكرية، التي تقتض إخلاصاً مباشراً بالركائز التي تقوم هذه النظم عليها، وبالمصالح التي تحميها، والتي لا يندرج تحتها جرائم يحكمها القانون العام.

ولئن جاز أن تنظم قوانين خاصة جانباً من جرائم القانون العام بما يجعلها ملحقاً بهذا القانون أو مكملة لأحكامه، فلا تفصل عن إطاره؛ إلا أن النظم العسكرية لها خصائصها المتفردة التي تخرجها في كثير من أجزائها عن ضوابط القانون العام، فلا تعمل في إطار المفاهيم التي يحضنها هذا القانون. وإنما تكون لهذه النظم ذاتيتها وقواعدها الاستثنائية التي يتعين أن يلحصر تطبيقها في حدود ضيقة ترتبط عقلاً بأهدافها.

سابعاً: وكلما أفرط المشرع في تحديد دائرة الجرائم التي تشملها النظم العسكرية، كان ذلك انحرافاً من المشرع عن حقيقة الأغراض التي ينبغي أن يتوخاها، وتحويلاً لهذه النظم من

(١) Toth v. Quarles 350 U.S. 11 (1955).

طبيعتها الاستثنائية، إلى أصل يهيمن على الجزأين في كثير من صورها، حتى تلك التي تدخل في المجال الطبيعي لدائرة القانون العام؛ وهو ما لا يجوز أو ينتظر<sup>(١)</sup>.

---

(١) تقول المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١١ لسنة ١١ قضائية تنازع المحكوم فيها بجلسة ٤ مايو سنة ١٩٩١ ما يأتي:

"من المقرر-صلاً بالمادة الخامسة عشر من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢- أن القضاء العادي هو الأصل، والمحكم العادي هي المختصة بنظر جميع الدعاوى الناشئة عن أفعال مكوّنة لجريمة وفقاً لقانون العقوبات -هو القانون العام- أيّاً كان شخص مرتكبها. في حين أن المحاكم العسكرية ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص قضائي استثنائي منطوقه إما شخص مرتكبها على أساس صفة معينة توافرت فيه على نحو الحالات المبينة بالمادة الرابعة من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦، أو خصوصية الجرائم وفق الأحوال المبينة بالمادة الخامسة من ذات القانون".

أنظر في ذلك ص ٥٨٨ من الجزء الرابع من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا.

### المبحث السادس المخاطبون بالنظم العسكرية

٦١٣- يتحدد اختصاص المحاكم العسكرية من جهتين:

أولاهما: خصائص الجرائم التي ينبغي أن تدخل في ولايتها من جهة، وثانيتهما: صفة مرتكبها.

ذلك أن هذه المحاكم لا تنظر إلا في جرائم عسكرية بطبيعتها، كالجرائم المرتبطة بالعدو؛ وجرائم العصيان؛ وجرائم تعطيل أسلحة القوات المسلحة ومعداتهما، أو إتلافها أو نهبها؛ وجرائم الاعتداء على القادة والرؤساء؛ وجرائم إساءة استعمال السلطة والامتناع عن التقيد بالأوامر وإطاعتها.

ولا شأن لتلك المحاكم كذلك بجرائم أتاها أشخاص لا تخضعهم للنظم العسكرية لأحكامها، أي كانت طبيعة هذه الجرائم أو خصائصها.

٦١٤- وقد عرض قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، لهاتين الزويتين، وذلك بأن بين الجرائم العسكرية، وحدد أركانها في المواد من ١٣٠ إلى ١٦٧ من هذا القانون؛ وعين المخاطبين بأحكامه في المواد ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٨ مكرراً؛ وإن كانت مادته الرابعة هي التي تحدد بطريقة أعرض وأشمل، للمخاطبين بالنظم العسكرية، إذ جاء نصها معرّفاً بهم على النحو الآتي:

١. ضباط القوات المسلحة الرئيسية والفرعية والإضافية.

٢. ضباط صفها وجنودها عموماً.

٣. طلبة المدارس والمعاهد والكليات العسكرية، والمراكز للتدريبية المهنية.

٤. المأسورين في الحروب.

٥. لية قوات عسكرية يأمر رئيس الجمهورية بتشكيلها ويعهد إليها بأداء خدمة عامة أو خاصة أو مؤقتة.

٦. عسكريو القوات الحليفة والملحقون بهم، إذا كانوا يقيمون في إقليم الجمهورية، ما لم تنص معاهدة أو اتفاقية خاصة أو دواية بخير ذلك.

٧. الملحقون بالسكركيين أثناء خدمة الميدان، وهم كل مدنى يعمل فى وزارة الحربية، أو فى خدمة القوات المسلحة بأية صورة.

٦١٥- وهذا النفر من المشمولين بقانون الأحكام العسكرية، يمثلون أكثر المخاطبين به عددا. ومنهم من يعتبر أصيلاً فى القوات المسلحة، متولياً وظيفة دائمة بها، كالضباط الذين يلحقون بأفرعها المختلفة، ويعتبرون من كوادرها بعد تخرجهم من كلياتهم أو معاهدهم العسكرية؛ ومنهم من يرقى إلى مرتبة لقادة الذين يخططون لعملياتها الحربية ويديرونها. وإلى جانبهم فى القوات المسلحة، يأتى ضباط صفها، الذين يديرون جنودها ويشرفون عليهم بصفة مباشرة.

ثم تأتى القاعدة الأعرض للقوات المسلحة. وهؤلاء هم جنودها الذين ينترجون فى صفوفها لاستيفاء خدمتهم الإلزامية بها للمدة التى يحددها المشرع. ومن ثم تؤل خدمتهم هذه إلى زوال بعد انتهاء زمنها. وهم يتقنون بعد انقضائها إلى الاحتياط، ما لم تستدعهم القوات المسلحة من جديد لخدمتها فى أغراض شتى يندرج تحتها تطوير تدريبهم؛ أو استكمال عناصر وحداتها، أو تعبئتهم للقتال؛ أو حشدهم عند إعلان حالة الطوارئ.

#### ويلحق بهؤلاء وهؤلاء:

٨. كل قوة مسلحة يشكلها رئيس الجمهورية ويكلفها بعمل معين، ولو لآمن محنود، كما لو بثها للقضاء على تمرد أو عصيان دألى شديد للخطر.

٩. كل قوة مسلحة تأتى من دولة أجنبية لتقيم فى مصر بوصفها قوة حليفة تظهر جيشها، وتقدم عونها لدعم جهودها الحربية، وكذلك المنبئون الذين يلحقون بها.

وتتظم المعاهدة أو الاتفاقية الدولية أو الخاصة أوضاع القوة الأجنبية الموجودة فى مصر، وعلى الأخص فيما يتعلق بالمسؤولية الشخصية لأفرادها عن الجرائم التى يرتكبونها فى

إقليمها؛ وإن كان الأصل هو محاسبتهم عنها أمام السلطة الإقليمية، ما لم تغفهم المعاهدة صراحة من الخضوع لها<sup>(١)</sup>.

١٠. المدنيون أثناء خدمة الميدان، سواء أعلنوا قواتهم المسلحة بطريقة غير مباشر من خلال عملهم لصالحها في وزارة الدفاع؛ لم كانوا من المرافقين لها الذين يسهمون بطريقة مباشرة في عملياتها الحربية. كالأطباء الذين يعيدون جراحها ومرضاها، والمهندسين الذين يصيرون لها المعابر التي تحتجزها.

ذلك أن هؤلاء وهؤلاء، يسaldون قواتهم المسلحة أو يعاونونها من خلال أعمال يؤدونها لمصلحتها.

١١. أسرى الحرب<sup>(٢)</sup> وهؤلاء تنظم أوضاعهم اتفاقية جنيف في ١٢/٨/١٩٤٨ بشأن قواعد معاملتهم، والتي تعتبر مصر طرفاً فيها، وتنفذ بالتالي بأحكامها التي تقوم في جوهرها على ما يأتي:

(١) وقد عرضت المحكمة الدستورية العليا لنزاع يتعلق بدستورية اتفاقية تنظيم إقامة الجيوش العربية في البلد الذي تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه، التي وافق عليها مجلس الدفاع المشترك في جامعة الدول العربية في ١١ سبتمبر ١٩٦٥، والتي تقضى بخضوع أعضاء القوات الحليفة أصلاً للولاية المطلقة لقضاءهم الوطني بالنسبة للجزء التي يرتكبونها على إقليم الدولة المضيفة؛ وبعدم خضوعهم لولاية القضاء المدني، أو لأية إجراءات أخرى في هذه الدولة؛ ويأن تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم وبين الغير حول الالتزامات الاتفاقية أو حول الأضرار التي تلحق بالأشخاص أو الأموال - بصفة عامة - هيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية.

وكان مبنى الطعن عليها بعدم الدستورية، حججها القضاء المصري عن نظر كافة المنازعات التي تنشأ بين القوات الحليفة والمصريين. وقد ردت المحكمة على هذا الطعن بقولها بأن هذه الاتفاقية أبرمت - في إطار جامعة الدول العربية - لتنظيم لأوضاع الدفاع المشترك بين هذه الدول، وذلك بعد إنشاء قيادة عربية موحدة لقواتها العسكرية، وما يقتضيه ذلك من تنظيم للإقامة هذه القوات في البلد الذي تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه. وإذا وافقت مصر على هذه الاتفاقية بهدف الحفاظ على كيان الدولة واستجابة لمقتضيات سلامتها وأمنها الخارجي، فلها تد من المسائل المتصلة بعلاقاتها الدولية، وتقتضيها السياسة العليا للبلاد، وتندرج ضمن أعمال السيادة التي ينبغي أن تحصر عنها الرقابة القضائية الدستورية. ومن ثم يتعين الحكم بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى.

[تفتقر في ذلك القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ - قاعدة رقم ٣ - ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا].

(٢) تنص المادة الثانية من القانون الأمريكي الموحد للعدالة الجنائية Uniform Code of Military Justice على أن يتأخر المحاكم العسكرية ولايتها على الأشخاص الخاضعين لهذا القانون، ومن بينهم - وعلى ما ورد في البند ٩ من هذه المادة، أسرى الحرب المحتجزون لدى القوات المسلحة. Prisoners of war in custody of the armed forces.

أولاً : أن تراعى الدولة الحاجزة فيما تتخذه قبلهم من تدابير قضائية أو تأديبية -على ما تنص عليه المادة ٨٣ من الاتفاقية- أكبر قدر من التسامح؛ وبشروط أن تتقدم إجراءاتها التأديبية قراراتها القضائية، كلما كان ذلك ممكناً.

وهم يحاكمون -وعلا بنص المادة ٨٤ من هذه الاتفاقية- عن جرائمهم أمام المحاكم العسكرية للدولة الحاجزة، ما لم ترخص تشريعاتها لأفراد قواتها المسلحة بالمشول أمام محاكمها المدنية عن الجرائم ذاتها التي يلاحق أسير للحرب قضائياً بسببها.

ثانياً : أن تتوافر دوماً في المحكمة العسكرية التي تحاسبهم عن الجرائم التي يرتكبوها، ضمانات استقلالها وحيادتها، ودون إخلال بحقوق ووسائل الدفاع المنصوص عليها في المادة ١٠٥ من الاتفاقية المذكورة.

ثالثاً : أن تراعى محاكم الدولة الحاجزة عند تحديد العقوبة -ولأبعد حد ممكن- أن المتهم ليس من رعاياها، وغير ملزم بالتألي بالولاء لها.

٦١٦- وقد ألحق قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، طلبية المدارس والكلية الحربية، وكذلك طلبية المراكز المهنية التدريبية، بالعسكريين. وهو ما نراه محل نظر.

ذلك أن هؤلاء لا يعتبرون من ضباط القوات المسلحة إلا بعد تخرجهم من هذه المعاهد أو المراكز. ويبقون من الطلبة طوال مدة دراستهم التي قد يتمونها، أو تقصر جهودهم عن الانتهاء منها. ولا يختلفون بالتالي في مراكزهم القانونية عن طلبة المعاهد العلمية المدنية التي تقابل كليتهم ومعاهدهم.

وليس من شأن طبيعة برامجهم التعليمية واختلافها في نوعها عما يتلقاه الطلبة في المعاهد المدنية النظرية، أن تميز بين هؤلاء وهؤلاء في نوع أو نطاق الولاية القضائية التي يخضعون لها. ذلك أن محاكم القانون العام هي التي تشملهم بولايته وتبسطها عليهم.

وهو ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية<sup>(١)</sup> التي يبين من تقاريرها ما يأتي:

(١) صدر هذا الحكم في ٢٠٠٠/٩/٩ وقد نشر في ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

أولاً : أن طلبية الكليات والمعاهد العسكرية لا يندرجون قبل تخرجهم منها ضمن الضباط العاملين في القوات المسلحة.

ثانياً : أن منازعاتهم التي تتوخى إلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة في شأنهم عن مجالس هذه الكليات والمعاهد، تدخل أصلاً في اختصاص محاكم مجلس الدولة باعتباره قاضى القانون العام في المنازعات الإدارية والتكديبية على ما تنص عليه المادة ١٧٢ من الدستور.

ثالثاً : أن نقل الولاية القضائية من قاضيهما الطبيعى، لا يجوز إلا في أحوال استثنائية تكون الضرورة الملجئة هي مدخلها؛ وصلتها بالمصلحة العامة -في أوتق روابطها- مقطوعاً بها؛ ومبرراتها الحتمية لا شبهة فيها.

رابعاً : أن طلبية المعاهد والكليات العسكرية لا يختلفون في مراكزهم القانونية عن طلبية المعاهد المدنية التابعة لوزارة التعليم العالى. ولا يجوز بالتالى نقل الولاية القضائية في شأن منازعاتهم الإدارية من محاكم مجلس الدولة إلى جهة غيرها.

٦١٧- ويظل ثابتاً مريان النظم العسكرية في شأن الأشخاص الذين يشكلون وحدة منظمة في القوات المسلحة بما يلحقهم بها ويجعلهم من أفرادها، شأن هؤلاء شأن الذين ينتظرون خروجهم منها بعد انتهاء خدمتهم الإلزامية فيها؛ وشأن المتطوعين فى القوات المسلحة منذ قبولهم بها؛ وكذلك الذين تطلبهم للعمل فيها منذ طلبهم؛ والذين يستدعون قانوناً للاخراط فيها منذ دعوتهم ووفقاً لشروطها؛ والذين ما زلوا في فترة الاختبار بها قبل تثبيتهم فيها؛ والمودعين في سجونها تنفيذاً لعقوبة محكوم عليهم بها؛ والمأسورين في عملياتها الحربية طوال مدة احتجازهم لديها؛ والذين يصحبونها إلى قاعدة حرية فيما وراء حدود الولاية الوطنية أو يوجدون في محيط هذه القاعدة؛ سواء استأجرتها القوات المسلحة بمقتضى معاهدة دولية، أو احتجزتها لنفسها بالقوة من خلال سيطرتها عليها.

### المبحث السابع

#### خصائص للنظم العسكرية وأهدافها

٦١٨- تحدد النظم العسكرية، الأشخاص الذين تشملهم بأحكامها، وتعتبرهم من العسكريين الذين لا يحاكمون وفقا لهذه النظم إلا عن جرائم بذواتها لها خصائصها، والتي تكفل عقوباتها ردة مرتكبيها، وضمان المصالح المباشرة للقوات المسلحة مما أقام لهذه النظم قانونها الخاص، وجعل سريتها واجبا ولو في زمن السلم.

وتجاوز الأغراض التي تستهدفها هذه النظم مجرد إيقاع صور الجزاء التي عينتها على المخالفين لأوامرها.

ويعتبر الدستور كذلك مصدرا مباشرا له بكل شرعيتها؛ في الحدود المنصوص عليها فيه، والتي يندرج تحتها أن لرئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٥٠ من الدستور، أن يتخذ ما يراه من التدابير التي توفر للجيش ممتلكاتها وتجهيزاتها، كي تنهيا لها أفضل الفصوص لأداء مهامها القتالية على الوجه الأكمل، إذ هو قائدنا الأعلى والأمين على إعدادها للقتال.

وكما يختص رئيس الجمهورية بالدخول في كل معاهدة دولية يقرر ضرورتها لصون مصالحها، ولو في بعض جوانبها، كذلك التي تقيم تحالفا وفقا لنص المادة ١٥١ من الدستور، بين مصر وغيرها من الدول؛ فإن على المشرع -وعلا بنص المادة ١٨٠ من الدستور- أن يعمل على ضمان وفاء للقوات المسلحة بولجبتها، وعلى الأخص ما تعلق منها بأمن الوطن وضمان وحدته الإقليمية ورد المخاطر التي قد يتعرض لها من خلال غزو خارجي.

ولرئيس الجمهورية كذلك -ومن خلال مجلس الدفاع القومي المنصوص عليه في المادة ١٨٢ من الدستور- النظر في كافة الشئون ذات الصلة بأغراض الدفاع عن مصر وتأمينها من المخاطر.

وهذه الموارد جميعها، يجمعها سعيها لضمان آلية مقننة تكفل للقوات المسلحة بلوغ أهدافها بأفضل الوسائل، وبما يكفل تحقيق تماسكها وفرض السيطرة عليها، وتأهيلها لخوض معاركها.

ومن ثم كان منطقيا أن يفوض الدستور المشرع في بناء المحاكم العسكرية، وتحديد اختصاصاتها، وتعيين صور الجزاء التي توقعها عن الجرائم التي تسيطر عليها ولايتها، على أن يكون ذلك -وعلى ما تنص عليه المادة ١٨٣ من الدستور- في حدود مبادئ الدستور التي

لا يجوز تقرير حكم على خلقها، ولو كان ذلك في إطار النظم الاستثنائية في جوانبها المختلفة.

٦١٩- غير أن النظم العسكرية، وإن كان يحكمها قانون خاص يحيط بها؛ إلا أن هذا القانون لا يفصل عن غيره من القوانين، ولا يعمل في فراغ Legal vacuum، إذ يدخل في إطار منظومة قانونية متكاملة لها من عموم مبادئها، ما يربط بين أجزائها، وعلى الأخص في نطاق مفاهيم النظم الجنائية التي تقوم أصلاً على أن البراءة تفترض، وأن نقضها لا يكون إلا من خلال الفتاع قضائي لا تدخله شبهة لها أساسها.

٦٢٠- وأما كان مضمون النظم القانونية، فإن حقائق العدل ومعطياتها تحيط كذلك بالقواعد المسلم بها في مجال تفسير أحكامها. ويندرج تحتها أن كل كلمة أو عبارة أوردتها قانون ينظم الشؤون العسكرية، إما يؤخذ بها في سياقها؛ وأن إطلاقها لا يتقيد بغير دليل، وتخصيصها لا يكون بغير قرينة تصرفها عن عموم معناها؛ وأن فهم العبارة أو الكلمة في القوانين العسكرية يكون أصلاً بمقابلتها بما يماثلها في غيرها من القوانين، ما لم تعطها النظم العسكرية لها معنى آخر يلتزم وطبيعة هذه النظم، أو يكفل بصورة أدق تحقيق أغراضها. وتعتبر المسائل التي لا حكم فيها، مسكونة عنها لتنظمها القواعد الكلية التي توحد بين القوانين في عموم مفاهيمها ومبادئها.

وحتى في النظم الاستثنائية، فإن حقوق المواطنين وحرياتهم وضماناتها، إنما تتحدد على ضوء القيم التي احتضنها الدستور. ذلك أن النظم القانونية جميعها، يحكمها الدستور ويحتويها. والمواطنون أطرافها بغض النظر عن مواقفهم في مجال تطبيقها. وصفتهم هذه توكلهم أيما حلوا، وإليها تعود حقوقهم وحرياتهم في جنورها.

٦٢١- ويتعين بالتالي التوفيق بين النظم القانونية في البلاد الواحد لتحقيق أغراض

أهمها:

أولاً: ألا تنافر ركائزها الأساسية بما يشوهها ويعوق تكاملها، لتظهر كنظم متفرقة لا رباط بينها.

ثانياً: أن تمثل هذه النظم في مجموعها، حصيد القواعد القانونية القائمة Corpus juris التي لا تنهزم فيما بينها، وإنما تتدخل، وعلى الأكل من خلال آليات قضائية وفقهية تضم عناصر هذه النظم إلى بعضها، وتبين الخطوط الرئيسية التي تظلمها، لتكفل في نهاية المطافها

الوحدة الواجبة للتنظيم القانوني في الدولة، وعلى الأخص من ناحية المفاهيم الإجمالية التي تقوم عليها.

ثالثاً : ألا تصدر النظم القانونية على اختلافها من فراغ أو باعتبارها هائمة في فضاء عريض. إذ تدور حول تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم -لا بوصفها من القيم المجردة التي يصوغها المشرع في نصوص قانونية لأغراض مثالية- وإنما لتعايش واقعها من خلال توازن يتحقق بين ضرورة ضمانها لأصحابها، وبين الحق في فرض بعض القيود عليها لضمان حقوق الآخرين.

ونكتل قاعدتان هذا التوازن وتتكاملان فيما بينهما؛ أولهما : أن النظراء يتكافأون في الحقوق.

ثانيتهما : أن القيود على الحقوق مدخلها الوسائل القانونية السليمة The due process of law حتى لا يحرّم أحد من حريته، ولا من الأموال التي يملكها، ولا من الحق في الحياة، دون مقتضى.

وهاتان القاعدتان الغائرتان في النظم القانونية جميعها، تبدوان أكثر أهمية في مجال تطبيقهما في النظم العسكرية التي تتضاءل في إطارها حقوق المتهمين قبلها. ذلك أن النظم العسكرية تحمل معها جهايتها وتقاليدها وأعرافها. ولا تنفصل كذلك عن أغراضها في تحقيق أقصى درجة من الردع لضمان المصالح التي ترتبط بها هذه النظم، والتي تنزل في محتواها وأغراضها- نظماً قانونية تتواصل مع غيرها من النظم القائمة في البلد للوحد، وتتأبى بالتالي على إطلاق السلطة أو إساءة استعمالها.

### المبحث الثامن

#### علو السلطة المدنية على السلطة العسكرية

٦٢٢- وصار لازماً أن تكون القواعد الكلية التي يتضمنها الدستور، حدا للنظم العسكرية؛ وأن ترتبط قوة الجيوش بخضوعها للقانون، و**علو السلطة المدنية عليها، وثقلها لتعليماتها منها.**

ذلك أنه وإن جاز القول بأن الجيوش لا يجوز إعانتها ولا إضعافها بما يوهن عزائم رجالها من خلال قيود تنال من قدرتها على مواجهة المخاطر التي تطرأ لها سواء لثناء الأعمال الحربية، أو عند إعلان حالة الخطر العام أو الحصار L'Etat de siège؛ وأن السلطة القضائية كثيراً ما تردد في أن تستخلص بنفسها ضوابط تقيد بها الجيوش في حركتها وفعاليتها؛ وأن التدخل في مهامها قد لا يكون مقبولا حتى من الجماهير التي تنظر إلى قواتها المسلحة كصمام أمن يحفظ للبلد ترابها وعرضها؛ إلا أن النظم العسكرية تظل مقيدة بالإطار العام لحقوق المواطنين وحرياتهم.

فإن هي اجتاحتها؛ أو هددتها بصورة خطيرة، كان ذلك منها علوا على السلطة المدنية التي يفترض خضوعها لها، مجاوزا كذلك حكم الضرورة التي تكفل لهذه النظم طبيعتها الاستثنائية التي تخرج بها بصفة جزئية من إطار قواعد القانون العام، وعلى الأخص في مجال العدالة الجنائية التي يدينها من أهدافها ضماناتها للحد الأدنى من حقوق المواطنين حتى في مواجهة النظم العسكرية؛ وبما لا يخل بضرورة رد المخاطر المتعاظمة التي تتعرض لها الجيوش في مناطق التوتر ويؤر الصراع.

وهي مخاطر تتباين في شدتها؛ ويتحذر دفعها إذا تهاون الجند في واجباتهم أو أداروا ظهورهم لها، نكولا عنها، أو تهربا منها. ومن ثم كان الحزم والمبادأة بقوة الردع قرين النظم العسكرية، ومن سماتها الرئيسية.

وصح للقول بالتالي بأن للنظم العسكرية خصائصها التي لا تقوم على افتراض استصحابها للحقوق المدنية بكامل عناصرها، وأن احتياجاتها وضرورتها ينبغي أخذها في الاعتبار، فلا تسقطها السلطة القضائية من حسابها؛ وأن تطبيق شرط الوسائط القانونية السليمة في هذه النظم، لا يجوز أن يكون صارماً؛ ولا محددًا وفق قواعد جامدة لا تريم تلك النظم عنها، أو تنحصر فيها، أو تنطلق عليها.

ولما يكون إعمال هذا الشرط مرنا كقللا حداً أخنى من الحقوق التى لا يتصور أن تتجرد المواثيق الدولية والوطنية منها، لتفرض هذه الحقوق نفسها على الأخص فسى إطار العدالة الجنائية التى لا يجوز أن تختل مقوماتها الرئيسية تبعاً لطبيعة النظم التى تقيمها، وعلى الأكل فى مجال عرض الاتهام الجنائى والفصل فيه بطريقة منصفة لا عوج فيها Fundamental fairness.

وإذا كان من المقرر أن للنظم العسكرية احتياجاتها التى تتباين درجة شدتها على ضسوء الأوضاع التى تحيط بزمى طروئها؛ وفى إطار نوع الضغوط التى تفرض نفسها على القائمين على تطبيقها؛ فإن قدر ضمانتها للحقوق المدنية التى يطلبها المخاطبون بها، يكون كذلك متفاوتاً. ذلك أن هذه النظم تشكل فعاليتها من خلال مرونتها. وما تنقيد به من الحقوق، إنما يتحدد مداه على ضسوء الأوضاع التى تقارن تطبيقها.

وبقدر حدة الضغوط التى تواجهها، يزداد اتساع التدابير التى تقبلها، وتتحرر -وعلى الأكل فى بعض جوانبها- من قيود القانون العلم، وبما لا يخل بضماناته الجوهرية، وأهمها أن النظم جميعها -وأيا كان نوعها أو مصدرها فى نصوص الدستور التى تؤسسها- لا يجوز أن تفصل فى اتهام جنائى مطروح عليها، فى غير إطار النظم الاختصاصى للعدالة الجنائية.

بما مؤداه ضرورة أن يحاط المتهم بحقيقة الاتهام، وبالعناصر التى يقوم عليها، وبالقرائن التى تؤيده؛ وأن يكون الفصل فيه من قبل هيئة قضائية لها من استقلالها وحيثتها ما يؤكد نزاهتها وانصرافها عن الأهواء ورغائها؛ ومن القواعد القانونية الإجرائية والموضوعية التى تطبقها، ما يدل على إنصافها؛ ومن الحقوق التى تكتلها للدفاع ما يرجح موضوعيتها ويعزز فعاليتها؛ ومن الحق فى مواجهة التهمة وإسماح أدلتها، ما يعادل فى إطار الخصومة الجنائية بين مراكز أطرافها؛ ومن الحق فى الطعن فى الحكم القضائى -ولو صدر من محكمة عسكرية- أمام المحكمة الأعلى فى النظم المدنية؛ ما يقطع بطو هذه النظم عليها ويخضوعها لسلطانها.

يؤيد ما تقدم أن حقائق العدل لا يتصور أن تتبدل فيما بين النظم القانونية المختلفة تبعاً لطبيعة كل منها.

إذ ليس للعدل غير مفاهيم موحدة تفرض نفسها على كافة النظم القانونية أيا كان محتواها. وتحريفها أو إسقاطها ليس فقط مجرد وهم لا يجوز تصوره، وإنما هو كذلك إسائة لاستعمال السلطة بما يخرجها عن مشروعيتها.

### المبحث التاسع التطبيق العملي للنظم العسكرية

٦٢٣- وما نراه في كثير من القضايا التي تواجهها المحاكم العسكرية، أن أخطاء جوهرية تشوبها تضر بمركز المتهمين أمامها؛ وتكاد أن تحيل حقوقهم قبلها إلى الضياع.

ومرد ذلك إلى انصرافها أحيانا عن تطبيق القواعد الأمرة التي ألزمها المشرع بها؛ وإلى خروجها دوماً على القيم التي احضرتها الدستور، وهي قيم يستحيل حصرها في قائمة واحدة تحيط بها بالنظر إلى تطور هذه القيم في مفاهيمها، وتصارع خطاها على ضوء الأوضاع المتغيرة في الجماعة.

فلا تكون هذه القيم في تطورها وتبدلها، غير ضمان لصمود الدستور عبر أجيال متعاقبة يلاحق بعضها البعض، ولكل منها مطالبها وآمالها، بما يحتم تفسير الدستور على ضوء القيم القائمة حتى يظل الدستور حياً فلا ينكسر.

ومن ثم تعامل القيم التي فرضتها الجماعة إطاراً للشرعية الدستورية، بوصفها القاعدة الأعلى التي لا تنفصل حقوق المتهمين عنها، والتي تتعمق روافدها النظم القانونية جميعها -أياً كان موضوعها- فلا تتحول عنها.

إذ هي معايير الجماعة التي تضبط بها هذه النظم وتردها إليها. ولا يجوز بالتالي أن تنتزع أية سلطة لنفسها مفاهيم تبتدعها، وتقرر تطبقها بها دون غيرها، لتحدد على ضوءها ما تراه صواباً أو خطأ.

إذ يناقش ذلك ما بين النظم القانونية من ترابط، ويحقق انزعالها، فلا تتكامل فيما بينها، وإنما تستقل عن بعضها البعض -ليس فقط في جزئياتها، وإنما كذلك في القيم الرئيسية التي تنظمها، لتبدو جميعها وكأنها نتاج مفاهيم أنطولوجية مختلفة في بلدان متعددة بما يؤكد تقارنها لاتوافتها، وعلى الأكل في الحريص من خطوطها<sup>(١)</sup>.

(١) فليس السلطة العسكرية وسائل قانونية تخصها وتنفرد بها. Military due process، وإنما تملو هذه

الوسائل عليها وتكون قيدا عليها Due Process of the Military

Bassiouni, Grimial law and its due processes, 1974, P.P.578-579.

٦٢٤- يزيد الأمر سوما:

١. أن قضاء المحاكم العسكرية قلما يعرفون آذانهم للماتين ألامهم من المتهمين. فلا يمنحونهم وقتا كافيًا لتحضير دفاعهم؛ وقد يرفضون طلبهم لشهود بنفون التهمة عنهم، أو لا يوفرهم لهم فرص الاتصال بمحاميتهم. وكثيرا ما يلقون القزع في نفوسهم من خلال شدتهم، أو عن طريق إجراءاتهم المختصرة التي لا يطمئن المتهم معها إلى مصيره.

٢. أن تعيين هؤلاء القضاة والمدعون العامين، وكذلك ترفياتهم ومكافاتهم، بيد قانتهم الذين يطولونهم. فلا يسلمون من الخضوع لتعليماتهم، وعلى الأخص لأن لقادتهم الحق في مراجعة أحكامهم واعتمادها أو تبديلها وفق تقديرهم. وقد يطلونها إذا تبين لهم مناقضتها للسياسة النظامية التي يريدون تطبيقها في وحداتهم. فلا يكون تدخلهم في القضايا -ولو بطريق غير مباشر- إلا ولقما لا ينحصر -وإن لم يكن مشهودا- يزيد من قسوته أمران :

أولهما: أن حق للشخص في الاعتراض على احتجازه غير المشروع Habeas Corpus بعد أن يستنفذ طرق الطعن للقضائية، غير مسلم به في مصر؛ وإن تقرر في كثير من الدول التي تراه امتياز لكل فرد أودع بالمخالفة للدستور أو للقانون- في مكان يقيد من حريته الشخصية، وعلى الأخص من خلال إجراء القبض أو الاعتقال.

وهي ضملته ينزع بها في احتجازه غير المشروع، ولا يجوز وقفها إلا في أحوال استثنائية مناهطها للعصيان والغزو. وغايتها أن تكفل الحرية الشخصية أفضل صور الحماية في مواجهة المخاطر التي تهددها. وصار هذا الامتياز بالتالي قرين الحرية أو منخلها، يعزها ويقيوها، وعلى الأخص في مجال العدالة الجنائية التي ينقلها أن يدان الشخص من محكمة تناقض إجراءاتها للدستور؛ أو تخرج القوانين التي طبقها على قواعده؛ أو يطل حكمها بناء على وجه آخر. كإكثارها حق الشخص في الحصول على مشورة محام، أو الحكم عليه أكثر من مرة من الجريمة ذاتها.

ويتوخى هذا الامتياز في المجال الجنائي إكثار ولاية المحكمة أو سلطتها في الفصل في الاتهام. ولا يجوز بالتالي أن يؤسس على خطأ أو صحة حكمها؛ ولا على عدم كفاية الأدلة التي قام عليها هذا الحكم.

يفترض تطبيق هذا الامتياز في الدول للغيرالية توافر شرطين:

أ. أن يكون احتجاز الشخص في الولاية أو تقييد حريته على وجه آخر، منظوياً على إخلال بالحقوق الأساسية التي كفلها الدستور الفيدرالي، أو القوانين الفيدرالية لكل شخص.  
ب. أن يكون احتجاز الشخص به تالياً لاستنفاده لطرق الطعن التي حددتها الولاية للفصل فيما إذا كان تقييد حريته جائزاً قانوناً أم غير جائز.

ويفترض استنفاده لهذه الطرق، وجودها وملاءمتها، حتى لا يكون ولوجها مجرد انزلاق في رمال غائرة لا نجاة منها، ولا أمل معها. ولا كذلك أن يكون قد تخلى طواعية عن القواعد الإجرائية المعمول بها في الولاية، أو تعمد تجنبها، حتى لا يحصل على الترضية التي كفلتها عن احتجازه غير المشروع. وكلما كان احتجاز الشخص في الولاية بناء على أمر صدر من سلطة فيدرالية، فإن استنفاده لطرق الطعن في الولاية كشرط لإطلاق سراحه، لا يكون لازماً.

ثانيهما: أن الضباط الذين تشكل منهم المحاكم العسكرية، والمحامين العامين لديها، كثيراً ما يكونون غير مجازين في الحقوق، بما يعجزهم عن تفهم ما يكون من الدفاع جوهرياً يتغير به وجه الرأي في الدعوى الجنائية، أو ثانوياً غير مؤثر في محصلتها النهائية؛ وكذلك معاً يكون من الأدلة مقبولا أو غير جائز القبول؛ متعلقاً بالدعوى الجنائية، أو غير منتج فيها.

وقد لا يرهفون سمعهم لحقوق المتهمين الماثنين أمامهم في المرحلة السابقة على محاكمتهم Pre-trial proceedings، ولو كان إغفالها قد أثر بصورة جدية في مركز المتهم.

ويحولون على الأقوال التي يدلي بها، ولو في مرحلة التحفظ عليه، رغم ما يشوبها من ضغط قد يهز معها، فيدلي بأقوال أكره نفسياً عليها، وقد لا تنبئه سلطة التحقيق إلى حقها في أن يظل صامتا؛ وأن يستعين بمحام؛ وأن ما يقربه أمامها قد يؤخذ عليه.

ذلك أن هذه الحقوق جميعها، وإن تحقق الحصول عليها في محاكم للقانون العلم، إلا أن التسليم بها في المحاكم العسكرية التي يفرع المتهم أمامها، ولا يطمئن معها إلى مصيره، أكثر وجوباً، ولو طلبها وأصر عليها عسكريون قبل أن يصدر في شأنهم قرار اتهام.

ذلك أن إنكار تلك الحقوق أو إرجاءها حتى يصدر هذا القرار، مؤداه أن يظل المتهم بغير دفاع ينبيهه إلى خطورة الأقوال التي يدلي بها في هذه المرحلة، وإلى أثرها على مركزه بما يعرض موقفه للخطر الجسيم.

٣. ولا تزال قائمة محاولة التقريب بين النظم العسكرية والمننية في مجال الحقوق التي تكفلها للمتهمين أمامها، أو الذين تقوم لديها شبهة ارتكابهم لجريمة.

إلا أن أكثر ما يعرض هذه الحقوق للتهديد في النظم العسكرية، هو التدرج الرئاسي بين سلطاتها التي لا تخضع حقائق العدل أكثر من اهتمامها بالأوضاع العسكرية في صرامتها وتقاليدها وأعرافها.

ويسببها كذلك أن القائمين بالأعمال القضائية فيها، أو بالأعمال الشبيهة بها، قلما يكونون مؤهلين قانوناً، ولا يستوعبون غالباً حتى القواعد القانونية التي تطبقها هذه النظم<sup>(١)</sup>.

The greatest weakness of the system remains that it is administered by the military hierarchy which is often more interested in the rules of military tradition and custom than in justice, in addition to being seldom trained at law and often unfamiliar with the military law itself.

٤. ويلزم دائماً لجواز القبض على العسكريين وتفتيشهم إذا أحاطتهم شبهة ارتكابهم جريمة، أن يكون هذا الإجراء محمولا على أسبابه التي تكون صحتها أكثر احتمالا Probable cause، وأن يكون كذلك معقولا.

وهو ما يتحقق إذا ما تم بناء على إذن موافق للقانون؛ أو على إثبات تدحياتها على ذاتها - جريمة معاقبا عليها؛ أو على إثبات أخرى بموافقة مالكها؛ أو لها صلة بأدلة الجريمة التي يخشى طمسها أو إلحاقها.

وينبغي أن يلاحظ دوماً، أن للنظم العسكرية بيئتها التي لا يلائمها أحيانا التطبيق الجامد أو الكامل للقواعد الإجرائية التي تلتزمها محكم القانون العلم فيما تفصل فيه من الجرائم.

وقد تخرج عليها المحاكم العسكرية بصورة جزئية تخففاً منها؛ وإن تعين أن يكون جوهرها موافقا للوسائل القانونية السلمية في عموم متطلباتها.

وظل ثابتاً بالتالي أن نقد الضباط لجندودهم ووقوفاً على أحوالهم، وقدر انضباطهم، ودرجة تأهلهم للقتال؛ لا يقل شأناً عن تفتيش أماكن إقامتهم في تكتاتهم.

(١) انظر في ذلك الدكتور شريف بسيوني ص ٥٩٠ من مؤلفه السابق الإشارة إليه. وهذا وتقص السواد ٥٩٠٥٧،٥٥،٥٤ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ على أن يصدر بتعيين القضاة العسكريين قرار من وزير الحربية؛ ويكونون جميعهم من الضباط؛ ويخضعون لكافة الأنظمة المنصوص عليها في قوانين الخدمة العسكرية؛ ويكون تعيينهم لمدة سنتين قابلة للتجديد، ولا يجوز نقلهم إلى مناصب أخرى إلا للضرورة العسكرية. وهو ما يعنى خضوع هؤلاء القضاة خضوعاً كاملاً لأوامرهم.

ذلك أن القائمين بتفتيشها، لا يدخلونها انتهاكا من جانبهم لخصوصيتها، وإنما توقيها لإيداع أشياء مملوكة فيها.

بل إن من الفقهاء من يقول بأن الذين ينخرطون في القوات المسلحة، ويعتبرون من أفرادها، يجرّدون أنفسهم ضمنا من الحق في حماية حرمة خواص حياتهم «بقدر تعلقها بالأماكن التي يقيمون فيها دلّخ نكتتهم»<sup>(١)</sup>.

ذلك أن النظم العسكرية -التي تنابر المجتمع المدني في تكوينه واحتياجاته واحتياجاتها- تعيش ولقمتها؛ فلا تتفصل متطلباتها عن الضغوط التي ترزح تحتها.

ويجب بالتالي أن يحاط القبض والتفتيش بقدر كبير من المرونة التي يندرج تحتها، اعتماد السلطة العسكرية التي تجريه على تحرياتها الجدية، ولو جاءت بعض عناصرها من مصادر تريد إخفاءها، على أن تكون هذه المصادر موثوقا بها. وهي تكون كذلك -على الأخص- إذا أبدتها هذه السلطة بمعلوماتها الشخصية؛ أو إذا كان الأشخاص الذين أبلغوها عن الجريمة، أو قدموا إليها بياناتهم عنها؛ قد وقعوا إقرارا منهم بذلك.

وتباشر هذه السلطة تحرياتها تلك، أخذة في اعتبارها طبيعة وخطورة الجريمة التي تم الإبلاغ عنها. إذ يتعين أن يكون لتحرياتها عمقا أكبر في الجرائم الأكثر خطرا. ودون ذلك فلن أمرها بإجراء القبض أو التفتيش، لا يعتبر محمولا على أسبابه الراجعة صحتها.

(١) R.D. Hamel, Military search and seizure, 39 Military law Review, 43 (1968).

### المبحث العاشر

#### الجرائم العسكرية - ماهيتها

٦٢٥- لا تتحدد طبيعة الجريمة على ضوء موقعها من القانون الذي أدرجها في صلبه، كالقول بأن قانون العقوبات وغيره من القوانين التي تكمل أحكامه، إطارا لجرائم القانون العام، وأن للنظم العسكرية وعاء الجرائم التي تنصها تشريعاتها.

فذلك كله نظر لا يتصق حقائق الأشياء، وإنما يتطابق بأهدافها الشكلية.

شأن وجهة النظر هذه، شأن الذين يأخذون بمعيار شكلي في تحديد اختصاص محاكم مجلس الدولة، فيعتبرون كل قرار صدر عن السلطة التنفيذية -بأفرعها المختلفة- قرارا إداريا، ولو كان هذا القرار متضمنا قواعد قانونية مجردة تمثل القانون في انتفاء تخصيصها بواقعة بذاتها تتعلق بها، أو بأشخاص عينهم المشرع بصفاتهم لا بذواتهم.

والطبيعة الشكلية لهذا المعيار، لآزمها أن تتحدد طبيعة الجريمة -لا بالنظر إلى مضمونها؛ ولا على ضوء الأغراض التي يستهدفها للجزاء عليها- وإنما من منظور شكل القانون الذي احتواها. فلن كان قانونا مدنيا، كانت الجريمة من جرائم القانون العام، وإلا تسن إلحاقها بالجرائم العسكرية إذا أدخلها قانون يخص للنظم العسكرية في إطاره.

٦٢٦- كذلك لا تتحدد طبيعة الجريمة بالنظر إلى أشخاص ممن يرتكبوها. ذلك أن الجرائم جميعها لا تتحدد لوصفاتها إلا على ضوء حقيقة ماهيتها. ولوصفاتها هذه هي التي تحدد الاختصاص القضائي بنظرها بغض النظر عن صفة مرتكبوها. وآية ذلك أن جريمة قتل الرجال لأزواجهم، تظل من جرائم القانون العام، ولو كان مرتكبها من الخاص من أمسلا للنظم العسكرية.

ولا يبقى بعد هذا إلا أن يكون معيار تحديد طبيعة الجريمة، موضوعيا ينظر إلى الجريمة في مكوناتها؛ وإلى الأغراض التي يتوخاها الجزاء عليها؛ ونوع المصالح التي تسمها، وما إذا كان إخلال الجريمة بها مباشرا أو عرضيا.

فالقتل جريمة من جرائم القانون العام بالنظر إلى أن تأثيم المشرع لها، لا يخص نفرا من المواطنين دون سواهم. وإنما يشملهم جميعا في كافة مواقعهم، وعلى تباين وظائفهم، أو الأعمال التي يتولونها. وهم بذلك سواء في التقيد بالنصوص العقابية التي تمنعهم من إثباتها، لا يتميزون في ذلك عن بعضهم البعض.

ومن ثم كان لقتل من جرائم القانون العام التي تفصل فيها محاكم هذا القانون دون غيرها بوصفها قاضيتها الطبيعي. ولا كذلك أن يكون للجريمة خصائص قائمة بذاتها لها من خطورتها ومن معاسها المباشر بالنظم العسكرية ومتطلباتها، ما يسوغ إلحاقها بالجرائم العسكرية، وإخلالها في زمرتها، إذا ارتكبتها أشخاص يخضعون لهذه النظم، ويعتبرون مشمولين بها.

ويزيد الأمر سوءاً، أنه وإن كان الأصل في الجريمة العسكرية، أن يرتكبها عسكريون، إلا أن النظم العسكرية قد تدرج في إطار المشمولين بأحكامها أفراداً ليس لهم صلة بالقوات المسلحة، ولا يعتبرون منخرطين في صفوفها. بما يناقض حقيقة أن العسكريين هم الذين يرتبطون بالقوات المسلحة برابطة أصيلة، لا عرضية، تجعلهم من عناصرها، ولو كانوا في إجازة تكتمل بامتيازها مدة خدمتهم فيها Terminal leave.

لذا يعتبرون حتى في هذه الحالة، من أفرادها الذين تشملهم نظمها<sup>١</sup> بما في ذلك مشموليتهم عن الجرائم التي يرتكبونها قبل انقطاع صلتهم بها.

ولا يجوز لمحاكمة عسكرية بالتالي، أن تبشر ولايتها في شأن شخص لم يعد من الخاضعين لها، ولو كانت الجريمة التي ارتكبها تدخل في اختصاصها بالنظر إلى مادة الأفعال التي تكونها. ولا اختصاص لهذه المحاكم بالتالي، بالفصل في جرائم ارتكباها أشخاص بعد انتهاء خدمتهم في القوات المسلحة، ولا جلبهم إليها عن جرائم أتموها خلال فترة التحاقهم بها، إذا كان اندراجهم في صفوفها مخالفاً للقانون. كما لو كانوا من القصر الذين لا يجوز قبولهم في القوات المسلحة. ذلك أن ارتباطهم واقعيًا بها بعد دخولهم في خدمتها De facto، لا ينال من كونهم خاضعين لولاية آبائهم أو أوصيائهم.

ولهؤلاء هؤلاء، أن يعارضوا بقاءهم في القوات المسلحة، وأن يمنحوا محاكمها من أن تمد يدها إلى أبنائهم أو إلى المشمولين بوصفيتهم.

وتنثر صعوبة كبيرة في شأن الأشخاص الذين وإن ارتكبوا جريمتهم أثناء عملهم في القوات المسلحة، إلا أنهم بارحوها قبل أن يحاكموا عنها.

(١) Hironimus v. Durant, 168 F2d. (1948) 335 U.S. 318. See also George Washington Review 142 (1947).

والرجوع إلى القوانين الوطنية، يدل على تبين موافقتها في هذا الصدد. فمنها ما يجيز محاكمتهم عن الجرائم السابقة على خروجهم من القوات المسلحة، بشرط أن يكون لها من أهميتها وخطورتها ما يبرر جلبهم إلى المحكمة العسكرية للفصل فيها؛ ومنها ما يطلق الحق في محاكمتهم عن هذه الجرائم بغض النظر عن نوعها أو درجة جسامتها. وهو الحل البدي أخذ به قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦؛ وذلك بما نص عليه في المادة ٩ من أن يبقى العسكريون والملحقون بهم، خاضعين لأحكام هذا القانون، ولو خرجوا من الخدمة، إذا كانت جرائمهم وقت وقوعها مشمولة بأحكامه.

٦٢٧- ولا نميل إلى أحد هذين الاتجاهين، ونراهما قائمين على معايير غير موضوعية، ومستندتين إلى التحكم ولا تحلها غير إرادة السلطة التشريعية من خلال تبنيها موافقا لراه أكثر ملاءمة، وإن لم يكن بالضرورة قائما على صلة وثقى بين الحلول التي اختارتها، وضوابطها المنطقية.

وأكثر واقعية من هذين الاتجاهين، أن نقرر جواز ملاحقة المتهمين عن جرائمهم التي ارتكبوها أثناء خدمتهم بالقوات المسلحة، ولو بعد انقطاع صلتهم بها، إذا كان التحقيق معهم فيها، قد بدأ قبل انتهاء خدمتهم. إذ يعتبر بدء التحقيق في جرائمهم التي أتوها أثناء عملهم بالقوات المسلحة، إجراء يربطهم بها، حتى بعد خروجهم من خدمتها. وتقوم بالتالي من خلال هذا التحقيق، صلة كافية تبرر تكليفهم بالمثول أمام المحكمة العسكرية لمحاكمتهم عن هذه الجرائم، ولو لم يكن ذلك للتحقيق قد اكتمل، ذلك أن الأصل في ولاية المحاكم العسكرية، أنها استثناء من أصل خضوع المواطنين جميعهم لمحاكم القانون العام، بضماناتها الإجرائية والعملية.

ويتعين بالتالي أن ينحصر هذا الاستثناء في حدود ضيقة لا يندرج تحتها أن يقدم أعضاء سابقون في القوات المسلحة، إلى محكمة عسكرية، عن جرائم لم يتخذ إجراء فيها قبل تركهم لها.

### المبحث الحادي عشر

#### العاملون من أفراد القوات المسلحة في القواعد الأجنبية

٦٢٨- وقد تتخذ القوات المسلحة الوطنية بعض موقعاها في دولة أجنبية. وتساكن للعاملين من أفرادها في هذه القواعد الأجنبية، بأن يستصحبوا زوجاتهم وأولادهم معهم ليقیموا فيها، وعلى الأخص إذا كانت هذه القواعد دائمة بمقتضى معاهدة دولية طويلة الأجل.

ومن ثم تكون علاقتهم هذه -بكل أفرادها- من المدنيين الذين لا تجوز محاكمتهم أمام السلطة العسكرية الأجنبية عن جرائمهم التي ارتكبوها في تلك القواعد؛ ولا أمام محاكمهم الوطنية لوقوع الجريمة فيما وراء النطاق الإقليمي لولايتها؛ وإن جاز تسليمهم -ربوصفهم من المدنيين- إلى محاكم القانون العام في الدولة الأجنبية بناء على طلبها، وإن كان هذا الاحتمال ضئيلا.

٦٢٩- وقد تتخلى الحكومة الوطنية عن جزء من سيادتها في المعاهدة الدولية التي تنظم أوضاع قواتها المسلحة التي تعمل في قواعد أجنبية؛ وذلك بأن تخضعهم عن الجرائم التي يرتكبوها فيها، لولاية المحاكم العسكرية للدولة التي تستضيفهم في إقليمها. ولئن قيل بأن النزول عن بعض مظاهر السيادة الوطنية، يكون مجعفاً لحقوق أفراد القوات المسلحة الذين يعملون في تلك القواعد، بالنظر إلى احتمال التهمين من حقوقهم أمام المحاكم العسكرية الأجنبية التي يقتضون إليها عن جرائمهم تلك؛ إلا أن كثيرين يرون أن احتمال محاكمتهم على وجه يناقض الوسائل القانونية السليمة في عناصر إنصافها، يعتبر نتيجة عرضية ناجمة بالضرورة عن صلهم في هذه القواعد. وهي نتيجة يفترض قبولهم لها ورضائهم ضمنياً بها<sup>(١)</sup>. وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن الحق في محاكم منصفة حق أصيل يأخذ برقاب النظم القانونية جميعها -في مستوياتها المختلفة، وأيا كان مكان تطبيقها- ليحيط بكل جوانبها.

(١) Wilson v. Girard, 354 U.S. 524 (1957).

المبحث الثاني عشرصور من التحديد التشريعي في مصر للجرائم العسكرية

٦٣٠- وإذ كان الأصل في الجرائم بوجه عام، أن يكون تحديدها بالنظر إلى خصائصها، فلا يخرجها المشرع عن طبيعتها ليجرها إلى نظم استثنائية لا شأن لها بها.

إلا أن قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، لم يأبه لهذا الاعتبار، إذ أفرط في تحديد الجرائم التي شملها بأحكامه فأدخل تحتها -وينص للمادة ١٦٧ من هذا القانون- جرائم القانون العام، إذا كان من ارتكبتها من الخاضعين لقانون الأحكام العسكرية. وهو نظر مستقيم، وذلك لأمرين:

أولهما : أن خصائص الجريمة أو طبيعتها، هي التي تحدد جهة الاختصاص القضائي بنظرها أيًا كان مرتكبها.

ثانيهما: أن النظم الاستثنائية التي تخرج عن قواعد القانون العام دون مقتض، تفرض على حقوق الأفراد وحرياتهم قيودا خطيرة لا يجوز القبول بها، لأنها تحور ضماناتها، سواء من خلال إهدارها أو انتقاصها من أطرافها.

٦٣١- واستقرأ قانون الأحكام العسكرية، يدل على توجهه إلى مجاوزة الدائرة التي كان ينبغي أن يعمل فيها. ويظهر ذلك على الأخص في مجال تطبيق نص المادة ٦ من هذا القانون التي تخول فقرتها الأولى رئيس الجمهورية -أو في غير أحوال الخطر العام- أن يحيل جرائم أمن الدولة جميعها إلى المحاكم العسكرية التي نص عليها هذا القانون، ولو ارتكبتها مدنيون.

ثم تأتي الفقرة الثانية من هذه المادة ذاتها، لتخول رئيس الجمهورية أن يحيل أية جريمة نص عليها قانون العقوبات أو غيره من القوانين، إلى هذه المحاكم، لتخرج الجرائم المنصوص عليها في هاتين الفقرتين -جميعها من جرائم القانون العام- من الاختصاص المطلق للقاضي الطبيعي، لتشملا نظم استثنائية في القواعد التي تحويها، وفي نوع المحاكم التي تطبقها.

ولئن فوض الدستور المشرع في تحديد الهيئات القضائية وبيان اختصاصاتها؛ إلا أن نقل بعض مظاهر الاختصاص القضائي من الجهة التي تتولاها أصلا، يفترض أن يكون هذا

الإجراء ولقعا بصورة استثنائية؛ وفي حدود ضيقة؛ ولأعذار تقتضيها المصلحة العامة في لوثق روابطها وأعلى درجاتها؛ وتعرضها للضرورة في أعرق متطلباتها.

وهو مالا يتوفر في نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، التي يحيل بها رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية، جرائم القانون العام، على ضوء تقديره لخطورة ما يحيله منها. ذلك أن هذا التقدير لا توجهه ضوابط موضوعية تفرض نفسها على رئيس الجمهورية ليتخذ على ضوءها قراره بإحالة هذه الجرائم إلى المحاكم العسكرية التي لا تختص أصلاً بها.

فلا يكون نص المادة ٦ المشار إليه إلا مخالفاً للمستور، ولو أحاط رئيس الجمهورية بتبليتها بأفضل النوايا. ذلك أن جرائم القانون العام لها ضماناتها، ودائرة منطقية لتطبيقها لا يجوز الإخلال بها.

ونقلها برمتها أو في أغلبها إلى المحاكم العسكرية، يخرجها من دائرة تطبيقها إلى دائرة مختلفة لا يجوز أن تسعها، ولا يفترض أن ترتبط بها؛ ويخضعها بالتالي في غير ضرورة ملحة- لنظم استثنائية في طبيعتها وخصائصها.

٦٣٢- وما قرناه في شأن نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، يصدق كذلك على نص المادة ٨ من هذا القانون التي تعاقب بمقتضى أحكامه، كل شخص من الخاضعين لهذا القانون، أتي في الخارج - سواء باعتباره فاعلاً أو شريكاً- صلا بعد جنائية أو جنحة تدخل في اختصاص المحاكم العسكرية، ولو لم يكن معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكبه فيه. فإذا كان معاقبا عليه فيه، جاز محاكمته مرة ثانية أمام هذه المحاكم عن الجريمة ذاتها، على أن تراعى مدة العقوبة التي يكون قد أمضاها.

#### وهذه المادة محبة من وجهين:

أولهما: سريتها على كل شخص من الخاضعين لقانون الأحكام العسكرية، ولو لم تتوفر فيه الصفة العسكرية -كطلبة المعاهد والكليات العسكرية- ولكتناؤها في تطبيق حكمها بأن تكون الجريمة التي أتاها في الخارج - بكامل أجزائها- جنائية أو جنحة تدخل في اختصاص المحاكم العسكرية، سواء كان مرتكبها فاعلاً أم شريكاً، وطنياً أم أجنبياً، بل ولو كان مرتكبها مدنياً، وكانت الجريمة التي ارتكبها بتمامها في الخارج، من جرائم القانون العام.

ثانيهما: تجويزها أن يقدم الشخص إلى المحكمة العسكرية ذات الاختصاص، حتى تجازيه مرة ثانية عن ذات الجريمة التي حوكم عنها في الدولة التي ارتكبها فيها، ولو كان قد

نفذ عقوبتها بكاملها، أو كان مقدار عقوبتها في قانون الدولة الأجنبية، أشد من العقوبة المقررة لها في قانون الأحكام العسكرية. فإن كانت أقل، تستقل منحتها من العقوبة الجديدة.

وفى ذلك مخالفة للمستور، ذلك أن الشخص لا يحاكم أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها، وإلا كان ذلك عدوانا خطيرا على الحرية الشخصية، ينال منها بغير الوسائل القانونية السليمة.

٦٣٣- وإذا كان من المقرر قانونا، ألا تطبق أحكام قانون العقوبات -ربا اعتباره لقانون العام- فيما ورد به نص خاص في قانون الأحكام العسكرية، فإن كل جريمة نص عليها هذا القانون، تعتبر معاقبا عليها بالعقوبة التي حددها لها، ولو كان قانون العقوبات يقرر في شأن الجريمة عينا جزاء أقل.

ودليل ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٣ من قانون الأحكام العسكرية، من معاقبة من يسرق من العسكريين نقودا من زميله بالأمشغال الشاقة المؤبدة أو جزاء أقل منها منصوص عليه في هذا القانون. وهي عقوبة تزيد وطأتها بكثير على عقوبة الجنحة المقررة عن هذه الجريمة ذاتها في قانون العقوبات.

٦٣٤- ويبدو غريبا كذلك نص المادة ١٢٨ من قانون الأحكام العسكرية التي تعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، بالعقوبات المقررة للجريمة الأصلية، إلا إذا نص القانون على غير ذلك.

وتشديد العقوبة على هذا النحو، وإن توخى تحقيق الردع العام -على ما جاء بالمذكورة الإيضاحية لهذا القانون- إلا أن تسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة لتمامها في كافة الجرائم المنصوص عليها في قانون الأحكام العسكرية، يناقض الأصل المقرر في المادتين ٤٦، ٤٧ من قانون العقوبات التي تقرر للشروع في الجنائية عقوبة أقل من العقوبة المقررة أصلا للجريمة التامة، وتنص ثانيتهما على أن يحدد المشرع الجناح التي يعاقب على الشروع فيها. وكذلك عقوبة هذا الشروع.

وليس مفهوما بالتالي أن يكون البدء في تنفيذ فعل بقصد إثبات جنائية أو جنحة، مساويا في أثره لجريمة تم ارتكابها.

ونص المادة ١٢٨ من قانون الأحكام العسكرية، استثناء من القواعد العامة في قانون العقوبات، فلا يجوز التوسع في تفسيره، وبتعين بالتالي أن يقتصر تطبيقها على الجرائم العسكرية بمعنى الكلمة، وأن تنفذ المعاملة التي فرضتها، بين عقوبة الجريمة لتمامها والشروع

فيها، بالعقوبة الأصلية دون العقوبة التكميلية التي لا يجوز أصلاً توقيعها إذا وقف الفعل عند حد الشروع.

٦٣٥- أن حائطا يتعين أن يفصل بين المدنيين والعسكريين، فلا يمتزجان بما يجعل المدنيين مشمولين في كل أحوالهم بالنظم العسكرية، ولو كانوا غير شركاء في جريمة عسكرية بطبيعتها.

ذلك أن المحاكم العسكرية، وإن جاز تشبيهها فيما تفصل فيه من الجرائم، بالمحاكم الجنائية؛ إلا أنها تباينها في إجراءاتها وطبيعة القواعد التي تطبقها<sup>(١)</sup>. بما لا يوفر للمتهمين المائتين أمامها إلّا حد لا أننى من الحقوق التي تحول ضد إعانتهم. وهو ما يفصلها والقوانين وقانوننا عن محاكم القانون العام، وعلى الأخص بمراعاة ما يأتي:

أولاً: أن خطأ المحكمة العسكرية سواء في مجال تقريراتها الواقعية أو في إنزالها لحكم القانون عليها، لا يفتح به طريق للطعن على أحكامها؛ لا أمام المحكمة المدنية الأعلى في موقعها من التنظيم القضائي القائم؛ ولا أمام محكمة عسكرية أعلى من المحكمة التي صدر الحكم عنها.

ذلك أن نهائية أحكامها ترتبط بالتصديق عليها وفقاً لأحكام المواد ٩٧ إلى ١٠١ من قانون الأحكام العسكرية التي تقول رئيس الجمهورية -يوصفه قائداً أعلى لقواتها المسلحة- سلطة التصديق على الأحكام القضائية التي عينتها المادة ٩٨ من هذا القانون، والتي تنحصر في تلك الصادرة بعقوبة الإعدام أو بالطرد من الخدمة، وفيما عداها تكون سلطة التصديق من اختصاص من يفوضه من الضباط. وللضابط المفوض من رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق، أن يفوض غيره في ذلك. وهو ما يناقض القواعد المعمول بها في القانون العام التي لا تجهز التفويض في التفويض.

ثانياً: أن قانون الأحكام العسكرية، وإن خول رئيس الجمهورية سلطة التصديق على الأحكام القضائية الصادرة بالإعدام أو بالطرد من الخدمة؛ إلا أن هذا القانون أغلّ ببيان حدود هذه السلطة؛ ولكن ذلك القانون حدد نطاقها إذا كان المصدق من الضباط الذين يفوضهم رئيس

(١) تنص المادة ٩٦ من قانون الأحكام العسكرية. على أن تطبق محاكم الميدان القواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، ولها عند الضرورة عدم التقيد بها مع عدم الإخلال بحق المتهم في الدفاع عن نفسه طبقاً للقانون.

الجمهورية في ذلك، أو كان المصدق قد تلقى التفويض بذلك من الضابط المفوض من رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق.

إذ يجوز لهؤلاء وهؤلاء من الضباط، إيداع العقوبة المحكوم بها، أو تخفيفها بعقوبة أقل منها؛ أو إلغاءها كلها أو بعضها؛ أو وقف تنفيذها كلها أو بعضها، أو إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى؛ أو الأمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى<sup>(١)</sup>.

ولئن خول هذا القانون الضابط المصدق، بأن يحل -على النحو المتقدم- من العقوبة المقضى بها في الأحكام التي لا يدخل التصديق عليها في اختصاص رئيس الجمهورية؛ إلا أن الضابط المصدق لا يلتزم قانوناً بأن يورد أسبابها لتعديل العقوبة المحكوم بها، إلا إذا ألقى الحكم مع حفظ للدعوى، أو أمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى.

ثالثاً: ولما كان القائم بالتصديق، فإن هذه السلطة، يعيها أمران جوهريان:

أولهما: أن من يباشرها لا يتقيد بضوابط حددها المشرع سلفاً، مستهضاً بها رقابة حقيقية -لا حكمية- يباشرها سلطة التصديق على الأحكام التي تعرض عليها للتحقق من صحتها في تفريراتها الواقعية وأسبابها القانونية. ولا تعتبر بالتالي سلطة التصديق، جهة طعن بمعنى الكلمة.

كذلك فإن توزيع سلطة التصديق بين رئيس الجمهورية والضابط المفوض فيها، يفترض أن يتقيد كل منها بنطاق ولايته التي حددها القانون.

بيد أن قانون الأحكام العسكرية نقض هذا الأصل بنص المادة ١٠١ التي تقضى بأنه إذا كانت العقوبة المحكوم بها تخرج عن سلطة الضابط المصدق؛ فعليه أن يرفعها إلى السلطة الأعلى المختصة وفقاً لأحكام هذا القانون، ما لم يبذل الضابط المصدق العقوبة المحكوم بها بغيرها، أو يحذفها أو يخففها حتى تدخل في نطاق العقوبة التي يجوز أن يصدر عليها.

وهو ما نراه مخالفاً للمستور. ذلك أن قواعد الاختصاص لا يجوز توزيعها إلا بقانون. فإذا حل الضابط المصدق -بقرار يصدره- محل رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق

(١) يلاحظ أن سلطة إيداع العقوبة أو تخفيفها أو إلغاؤها أو وقف تنفيذها أو إلغاء الحكم مع حفظ للدعوى أو الأمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى، مفصلة بصريح نص المادة ٩٩ من قانون الأحكام العسكرية للضابط المصدق. أما سلطة رئيس الجمهورية في التصديق المبينة في المادة ٩٨ من هذا القانون، فمفولة لرئيس الجمهورية. وهو لا يعتبر ضابطاً مصدقاً.

التي يباشرها وفق القانون؛ كان ذلك عدولاً على ولاية شبيهة بالولاية القضائية، وإن لم تكن لها خصائصها.

فضلاً عن أن سلطة التصديق على الأحكام، تحور من بنيتها. فإذا وزعها المشرع بين جهتين، تعين ألا يتدخل.

ثانيهما: أن سلطة التصديق وإن كان ينظر إليها بوصفها شبيهة بمحكمة الطعن، إلا أنها لا تعتبر كذلك في حقيقتها.

ذلك أن محكمة الطعن لا تباشر وظيفتها في مراجعة الحكم المطعون فيه إلا على ضوء الأسس التي قام عليها ولقما وقانونا، لتقوم أعرجاً إذا بان لها قصورها أو مخالفتها للقانون.

ولا كذلك سلطة التصديق التي لا تقتيد مباشرة بضوابط يلتزم بها من يباشرها. وإنما هي سلطة تقديرية مطلقة يحل بها المصدق من العقوبة المقضى بها وفق هواه، أو وفق الأوامر التي تصدر إليه من السلطة الأعلى، فلا تكون إلا قيداً خطيراً على الحرية الشخصية.

### المبحث الثالث عشر

#### تقييم قانون الأحكام العسكرية

٦٣٦- ويظل قانون الأحكام العسكرية محييا في صياغته، قاصرا عن ضبط معانيه، وربطها بما يكفل اتساقها وتوافق عناصرها. فلا تكتمل لها الوحدة العضوية المرجوة، ولا يتحقق ترتيبها فيما بينها وفق أسس علمية تقيم بنيانها، وتوجهها لضمان الأغراض المقصودة منها.

ويحكم هذا القانون نظرة مبدئية قولها علو النظم العسكرية على النظم المدنية، واستقلالها عنها في إجراءاتها، بما يخل بنطاق الحقوق الجوعرية التي تكفلها للاضامين لها.

بل إنها تجر إلى منطقة تطبيقها مدنيين يفترض خضوعهم لتواعد القانون العام<sup>(١)</sup> وتعرضهم على قضاء يعينهم القادة في وحداتهم، بما يؤكد تبعيتهم لهم ويثقل من استقلالهم، وبما يعزل المدنيين كذلك عن قضائهم الطبيعيين الأحق بالفصل في جرائمهم.

٦٣٧- ويزيد الأمر تعقيدا في النظم العسكرية، أنها تخول سلطاتها القضائية أن تقرر بنفسها، وأن تتفرد وحدها، بتحديد ما يدخل أو لا يدخل في اختصاصها من الجرائم، وكأنها بذلك فوق الهيئات القضائية جميعها، بما فيها المحكمة الدستورية العليا التي اختصاصها قانونها -حون غيرها- بالفصل في كل تنازع على الاختصاص، إيجابيا كان هذا للتنازع أم سلبيا<sup>(٢)</sup>.

وكان يتعين بالتالي أن تقوم محكمة مدنية أعلى بمراجعة أحكام المحاكم العسكرية، ليس فقط لمجرد تقويم ما اعوج منها -سواء في مجال ولايتها بنظر الدعوى الجنائية، أو تقدير وقائعها وتطبيق حكم القانون عليها- وإنما لأن طرق الطعن في الأحكام -وعلى ما قررته المحكمة الدستورية العليا- لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية لتصويبها وبيان وجه الخطأ فيها،

(١) تنص المادة ٢٠ من مشروع دستور ١٩٥٤ الذي أعدته لجنة الخمسين على ما يأتي:

"لا يحاكم أحد إلا أمام القضاء العادي. وتحظر المحاكمة أمام محاكم خاصة أو استثنائية. ولا يحاكم مدني أمام المحاكم العسكرية" كذلك تنص المادة ١٨٤ من هذا المشروع على أن "ينظم قانون خاص المجالس العسكرية ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيما يتولون قضاءها. ولا يكون لهذه المجالس اختصاص إلا في الجرائم العسكرية التي تقوم من أفراد القوات المسلحة"

(٢) ما نص عليه قانون الأحكام العسكرية من أن تفصل السلطات العسكرية وحدها -بما فيها النيابة العسكرية- فيما يدخل في اختصاصها أو لا يدخل، يدل على استخفاف العسكريين بالمدنيين وبالنظم التي

وإنما هي في واقعها أوثق اتصالاً بالحقوق التي تتناولها، سواء في مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها، ليكون مصيرها عائداً أساساً إلى لفتاح هذه الطرق أو إغلاقيها. وكذلك إلى التمييز بين المواطنين المتحدة مراكزهم القانونية في مجال النفاذ إلى فرصها<sup>(١)</sup>.

يؤيد هذا النظر، أن سلطة التصديق على الأحكام العسكرية ليس لها خصائص طريق الطعن القضائية، ولا هي تتخذ مسلكها، ولكنها تتمحض عن سلطة تقديرية مطلقة تعدل من العقوبة المحكوم بها -إدالا أو تخفيفا أو إلغاء- أو تبقيها، دون أن تتقيد في ذلك بقواعد قانونية حددها المشرع سلفاً لضبطها. خاصة وأن القائلين بالتصديق، يكونون غير مجازين في الحقوق غالباً، ولا يعنيه في الأحكام التي يصنفون عليها، وجه إخلالها بالحرية الشخصية التي لا يجوز إسدال خمار عليها لطمسها، ولا إيهانها من خلال انتهاكها بغير حق، وإنما يرتبط تصديقهم عليها بقدر تعبيرها عن المياسة التي يؤمنون بها، والتي يحرصون على تطبيقها في وحداتهم، ولو نقض هذا التطبيق، أوضاع النظم القانونية القائمة ومتطلباتها.

وهو ما يحتم فتح طريق الطعن المدني في أحكام المحاكم العسكرية، ليس فقط لضمان تعدد درجات التقاضي في جرائم خطيرة قد تصل عقوبتها إلى الإعدام، وإنما لأن المحاكم العسكرية تغتفر في تكوينها إلى ضمانته استقلالها عن القادة الذين يعيّنون قضائهم، وإلى تجردها عن الانحياز لغير الحق، ما دام قضائهم من الضباط -تابعين عملاً لرؤسائهم، يتلقون تعليماتهم، ويتجنبون إغضابهم، ولو نص المشرع على استقلالهم.

هذا فضلاً عن سوء فهم المحاكم العسكرية لحقيقة النظم التي تباشر ولايتها في نطاقها. ذلك أن هذه المحاكم تنظر إلى سلطة الردع الكامنة في الجزاء الجنائي، وكأنها غاية نهائية لا يجوز أن تتحول عنها، لتحدد على ضوءها خطاها.

وكثيراً ما حملها هذا الاعتبار على ألا تعطى للدعوى الجنائية التي تفصل فيها، حقها من الأداة حتى تحيط بها عن بصر وبصيرة، ولو أضرب ذلك بحقوق المائلين لها، ليس فقط فيما يتعلق بالمعاونة الفعالة التي يتوقعونها من محاميهم، ولكن كذلك في المرحلة السابقة عليها التي كثيراً ما تؤثر بدرجة خطيرة في مراكز المتهمين إذا ما حجّبا عن محامين يقدمون لهم يد العون في مرحلة حرجة يكونون خلالها وراء جدران مغلقة.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" جلسة ١٩٩٥/٨/٥ قاعدة رقم ٧ من ١٢٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وحتى أثناء سير الدعوى الجنائية، فإن للنظر إلى سلطة الردع بوصفها محورا لها، مواءم للدفاع الفصل فيها في غير تمول واختصار إجراءاتها واختزالها، بما يفقدها ضماناتها، ويحيل الحكم الصادر فيها إلى قضاء مبشر بالقض محاكمتهم بطريقة منصفة يناقشها تسرع في إجراءاتها ينطلق بها في غير تبصر؛ أو بطء ملحوظ فيها يؤخرها دون مقتضى، وعلى الأخص كلما كان هذا التأخير مقصودا أو جسيما. وإلما هي بين هذين الأمرين قول ليكون ضابطها الاعتدال. فلا تزيد مدة الفصل فيها أو تقل عما يحتر حدا زمنيا معقولا لتقدير وقائمه؛ وفحص أوجه الدفاع فيها؛ وإنزال حكم للقانون عليها؛ ومراعاة أن الأضرار الناجمة عن تأخر الفصل في الاتهام الجنائي، تفترض، فلا يكون إثباتها مطلوبا<sup>(١)</sup>.

يؤيد هذا النظر كذلك ما تنص عليه المادة ٦٨ من الدستور من وجوب الإسراع في الفصل في القضايا، ذلك أن إسراع الفصل فيها، وإن كان لا يفيد تسريعها وإصدار حكم فيها قبل تحقيق عناصرها، إلا أن هذا الإسراع، لا يقتضى كذلك أن يكون الفصل فيها متراجعا دون مقتضى، إذ يتعين أن يتوالى لكل خصومة قضائية نصيبها العادل من الاهتمام، دون تزييف أو إفراط.

وتلك هي الفريضة التي لا تزال غائبة عن الجهات القضائية جميعها<sup>(٢)</sup>. وهي فريضة يقتضيها نص المادة ٦٨ من الدستور باعتباره قاعدة أمرة لا توجيهية، فلا يترخص أحد في القول بها أو إدارها. والنظم القانونية جميعها بما في ذلك العسكرية منها، مخاطبة بهذه الفريضة. وعليها النزول عليها حتى يطمئن كل متهم على مصيره. فلا يتقرر هذا المصير بقضاء مندفع تهورا ولا بقضاء متوازن تفاذلا.

ولم يكن غريبا في إطار المفاهيم التي تقوم المحاكم العسكرية عليها، أن تقرر محكمة للنقض، أن نصوص قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، ليس فيها ما يفيد صراحة أو ضمنا- انفراد القضاء العسكري وحده بنظر الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، إلا فيما يتعلق بالأحداث الخاضعين لأحكامه؛ وأن ما تقررته المادة ٤٨ من هذا القانون من أن السلطة القضائية العسكرية وحدها، هي التي تحدد ما إذا كان الجرم داخلا في

(١) المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - الدعوى رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" للجريدة الرسمية لعدد رقم ٨ في ١٩ فبراير ١٩٩٨.

(٢) انظر في ذلك بند ١٠ من ص ١٦ من مقمة الجزء الثامن من أحكام المحكمة الدستورية العليا خلال الفترة من أول يوليو ١٩٥٦ حتى آخر يونيو ١٩٩٨.

لأختصاصها أم لا، يناقض ما تنص عليه المادة ١٦٥ من الدستور من أن تحديد اختصاص الهيئات القضائية لا يكون إلا بقانون<sup>(١)</sup>.

٦٢٨- على أن النظم العسكرية في الدول كافة، تزداد صرامة تطبيقها في زمن الحرب التي تنطلق الجيوش خلالها للدفاع عن الوطن إزاء مخاطر حقيقية يتهدد بها وجوده، فلا يكون ضبط تحركاتها، والسيطرة عليها، وفرض النظم الدقيقة على ضبطاتها وجنودها، إجراء منفصلا عن خطورة المهام التي تقوم عليها؛ ولا عن السلطة الكاملة التي ينبغي أن تكون لقادة الجيوش عليها؛ ولا عن ضرورة إلزامها بتنفيذ الأوامر التي يصدرونها لها بصلابة لا تقهر، وبطاعة عمياء لا تبصر، وعلى الأخص كلما كان عمل هذه الجيوش والعمال فيما وراء حدودها الإقليمية، أو مقتضيا تعاوناً أو تحالفاً مع جيوش أجنبية تعضدها وتشد أزرها، بما يعمق مسؤوليتها في إطار قواعد القانون الدولي العام التي تحكم الحروب التي تعلنها إحدى الدول أو تشنها، فلا تعتبر شئونها عملاً داخلياً، ولو جاوز رئيس الجمهورية سلطاته الدستورية في مجال إعلانها أو شنّها.

ذلك أن قيام حالتها The state of war يعتبر شأنًا دوليًا يقيد الوطن في نتائجه القانونية، سواء في الدول البسيطة، أو على صعيد الدول الفيدرالية التي تتعقد سلطة للحرب فيها وبالنظر إلى خطورة نتائجها وارتباطها بالمسؤولية الدولية للحكومة الفيدرالية دون غيرها لتبشيرها بسلطة لا تنقسم أو تتوزع بينها وبين ولايتها أو مقاطعاتها حتى لا تعلن الحكومة حرباً عدوانية تمنعها قواعد القانون الدولي العام؛ وتكون حرباً الدفاعية واقعة في إطار قواعد هذا القانون، وإن جاز القول بأن للتدابير الدفاعية قد تقتضى أحياناً حرباً هجومية لكسر شوكة العدوان في معقله، ومطاردته في قواعده، بما يجعل الفصل بين التدابير الدفاعية في بدء حركتها من جهة؛ وما تؤول إليه في تطورها من اقتلاع العدوان من جنوره من جهة أخرى، من المسائل الدقيقة التي لا تفلح القواعد القانونية في إيجاد حل لها، وإنما تتدخل فيها عوامل شتى تزيد من تعقيداتها.

(١) 'محكمة النقض' - الطعن رقم ٤٧١٦ لسنة ٥٦ قضائية - جلسة ٤ فبراير ١٩٨٧ - المجلد ٣٨ - ج ١ - جزء أول - ص ١٩٤.

### الباب الثالث

### القوانين الجنائية وصلتها بالحق في الحياة وفي الحرية وفي الملكية

#### الفصل الأول

#### الدولة القضائية على دستورية القوانين الجنائية

#### المبحث الأول

#### الضرورة الاجتماعية مناهج التجريم

٦٣٩- لا تتوخى القوانين الجنائية مجرد تحقيق الردع، ولكنها غايتها أن تحفظ لبلدنا الجماعة ولقيمها، تلمسها حتى لا تنقرض.

ولئن كان شأن القوانين الجنائية شأن غير ما من القوانين في اتجاهها إلى ضبط أفعال الأفراد في علاقتهم بمجتمعهم؛ وفي صلاتهم ببعض؛ إلا أن القوانين الجنائية تفارق غيرها من القوانين في أنها تحدد للمخاطبين بها - وصوره جازمة لا تحتمل تأويلاً - ما لا يجوز للقبول به من مظاهر سلوكهم من وجهة نظر اجتماعية *Socially intolerable conduct*؛ وأن تسيطر عليها بوسائل منطقية، يكون القبول بها ممكناً في إطار الضرورة الاجتماعية التي تقتضها.

فلا يكون الملوك المحظور جنائياً، غير تعبير عن هذه الضرورة التي يرتبط بها الجزاء الجنائي في نوعه ومقداره<sup>(١)</sup>.

٦٤٠- وصار من المسلم ألا يتطرق جزاء واحد بالجرائم جميعها؛ ولا أن يطبق جزاء بأثر رجعي؛ ولا أن يكون الجزاء منلفاً بقسوته ضوابط الاعتدال؛ ولا مهيناً بما يهدر آدمية الفرد.

وإنما يكون لكل جريمة جزاؤها الخاص بها، محدداً وفق الضرورة التي شكل المشرع على ضوءها ببيان الأعمال التي أنصأها، فإذا كان الجزاء منلفاً قدر هذه الضرورة، خرج على متطلباتها، وصار ضاراً بالجماعة ذاتها. ذلك أن الجماعة لا توثق عراها روابط مادية تضم

(١) دستورية عليا لقضية رقم ١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢١٠ - من ٤٠٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

أفرادها إلى بعض؛ إنما يتحقق للجماعة ترابطها، واتصال أفرادها ببعضهم عن طريق قسم تظلمها، وضوابط للسلوك تصوغها؛ فلا يكون تخليها عنها، أو تفريطها فيها، أو تراخيها في الحمل على النزول عليها، غير إيدان بتصدع بنيان الجماعة ذاتها.

وإذا كانت المفاهيم المتقدم بيانها، تمثل من القوانين الجنائية ثوابتها التي لا تقبل التغيير، إلا أن هذه القوانين تختلف فيما بينها في شأن ما تراه ملوكا مقبولا أو مرفوضا من وجهة نظر اجتماعية. ذلك أنها تأخذ في اعتبارها أمرين يتفاوتان من جماعة إلى أخرى، وأحيانا داخل الجماعة ذاتها:

أولهما: الأهمية الأكيدة لمصلحة اجتماعية بذاتها The Current importance of particular social interest

وثانيهما: أبعاد اللزعة الإجرامية للجناة ودرجة خطورتها The dangerous propensity of the offender.

وإذا كان الاعتبار الأول يركز على الجريمة من منظور خطورتها على مصلحة للجماعة تقرر أهميتها في زمن معين، ولا يصلح لضمائنها غير الجزء الجنائي؛ فإن الاعتبار الثاني يركز على الفرد من جهة ملوك مؤاخذ عليه جنائيا كلن مقصودا من جهته حين أثناء، ودالا على توجهه إلى الجريمة، وميله إلى العودة إليها.

وهذا الاعتبار هو الذي يفرق بين الجناة الذين لا يمثلون بداهة في نشأتهم أو بينتهم، ولا في الأوضاع التي دفعتهم إلى الجريمة. ويستحيل صيغ بالتالي في نماذج مغلقة لا يريمون عنها، وكأنهم من قواها التي لا تتبدل، والتي يصيرون بإفراغهم فيها، فريقا واحدا يتوافق أفراد في ظروفهم، ويلتفون فيما بينهم في نزعتهم الإجرامية؛ يعبرون عنها بالوسائل ذاتها، وبالأفكار عينها؛ وبالإرادة نفسها، سواء في قدر تصميمها على الفعل المؤثم قانونا، أو في درجة توجهها إلى نتيجة.

فلا تتباين خياراتهم، ولا تتعدد طرقهم في الحياة. وإنما هم سواء في نظرهم إليها، وفي تقييمهم لحوامل الخير والشر فيها؛ وفي قدر تصميمهم على النزوع إلى الجريمة، ووسائل التجهيز لها وتبديرها. وليس ذلك من الحقيقة في شيء. فالجريمة لا تحركها وحدة الاتجاه بين مقارفيها، وإنما الأصل فيها أنها عارض يطرأ على حياتهم بما يبذلها إلى الأسوأ.

٦٤١- وكان منطقيا بالتالى: أن تزوج القوانين الجنائية بين أمرين: أوليهما: الطبيعة النوعية للقيم الخلقية الكامنة وراء السلوك منظورا إليها من زلوية اجتماعية.

ثانيهما: الطبيعة الشخصية لتوزيع الشر والحدوث التي تصور الحالة الذهنية للجاني لحظة ارتكابه الجريمة.

ولئن كان الشخص -فى المفاهيم التقليدية القديمة- يعتبر مسؤولا عن كل فعل أثناء إذا أضرب بنفس أو بمال غيره، ولو لم يبلور هذا الفعل سلوكا مقصودا دالا على حالة ذهنية واعية؛ إلا أن النظم الجنائية فى تطورها الراهن، تولى اهتمامها لتلك الحالة الذهنية كأحد العناصر للشخصية التي يتخذ فصلها عن الجريمة فى ملتها. بل إن هذه النظم تنظر إلى الجريمة الأكثر خطرا من الوجهة الاجتماعية، باعتبارها مقتضية تحقيقا أشمل وأعمق فى الحالة للذهنية التي كان عليها الجاني حين ارتكبها.

ذلك أن هذه الحالة هى التي تشي بقدر إدراكه للقيم التي تخلى عنها، ودرجة وعيه بالأفعال التي ارتكبها، وخطورته بالتالى على الجماعة التي يمايشها.

فلا يكون الجزاء الجنائي غير تقدير من الجماعة لتكبير تراء كافيا لقمع الجريمة، أو للقصاص من فاعلها. وهو جزء يرتبط بقيم الجماعة التي تركت بعض جذورها إلى الدين، لتبلور هذه القيم فى مجموعها إطار القوانين الجنائية، ونطاق الضرورة الاجتماعية التي توجها.

ولئن جاز القول بأن تلك القيم متطورة بطبيعتها؛ وأن معاييرها غير ثابتة؛ وأن بعض ملامحها قد تتراجع لتحل محلها مفاهيم تغيرها؛ وأن أهمية الدين وضرورته قد تتآكل، وقد يفقد مكانته بصفة كلية أو جزئية، بما يدل من القيم التي يروج الدين لها، خاصة عند هؤلاء الذين يرونها مناقضة للحقائق المادية فى الحياة، وما تنوخاه من ضمان حق الناس جميعهم فى الرخاء الاجتماعى، وتحقيق السعادة التي يصلون من أجلها بغض النظر عن العقائد جميعها، إلا أن هذه الحقائق المادية لا يجوز أن تمثل إطارا نهائيا للقيم التي تعكسها القوانين الجزائية، ولا أن تفرض عليها تماهلا أعمق، أو تسامحا أبعد فى مجال القيود التي تقتضيها من الأفراد فى سلوكهم لدخل الجماعة.

ذلك أن هذه القوانين لا تزال في أساسها قوانين للقيم الخلقية التي ارتضتها الجماعة، والتي يتحدد على ضوئها ما ينبغي أن يفعل كل فرد فيها، وما لا يجوز أن يفعل من زاوية اجتماعية Do's and dont's ليفرض القضاء هذه القوانين في أوامرها ونواهيها، على من يخالفونها بكل القوة التي في أيديهم<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك

1. Johnson's Cases, Materials and text on criminal law, fourth edition, 1988.
2. Carlson's adjudication of criminal justice. Problems and references, 1986.
3. Abram's federal criminal law and its enforcement, 1986.
4. American criminal justice process: selected rules, statutes and guidelinens, 1989.
5. Langbein's Comporative criminal procedure: Germany, 1977.
6. See also: Lambert. v. California, 355 U.S. 225, 1957.
7. Philip. E. Johnson, Criminal Law, cases, materials and text, fourth edition, pp. 1-61.

### المبحث الثاني تطور القوانين الجنائية

٦٤٢- تقتصر القانون الجنائي في البداية على جرائم القانون العام التي ألهاها الناس في أعرافهم في محيط اجتماعي معين Customary law common to all the realm، كالقتل والحرق. إلا أن هذا القانون جاوز في العمل حدود هذه الدائرة الضيقة، وانتقل إلى محيط أوسع خاصة بعد تطور الجماعة في احتياجاتها، وتعد وسائلها في الحصول عليها، وتركز سكانها، وتداخل علاقاتهم وتشابكها وتنوع صورها، وتزايد فرصهم في النفاذ إلى الحقائق العلمية التي تنتج على ضوئها أشكال الجريمة، وألوانها وطرق إيفائها؛ بل وتنظيمها في إطار معقد، ويقاعدة أعرض.

وصار ينظر إلى الجزء الجنائي في مواجهة هذا التطور باعتباره بديلا عن صور الجزء القاصرة التي ينص القانون المدني عليها، وأداة لا محيص عنها لحمل الجناة المحتملين على التخلي عن الجريمة، إذا قدروا أن ما يظمنونه من فائدة منها، أقل مما يتوقعونه من قصاص عنها.

٦٤٣- وتظل القوانين الجنائية -وهي من عمل المشرع- الأداة الأكثر فعالية لفرض النظام العام وتحقيق استقراره من منظور قوة الردع الكامنة فيها، والتي ترد عن الجريمة جناة محتملين، خوفا من عقوبتها التي تقيد حريتهم إذا هم قار فوها.

فلا تكون قوة الردع هذه، غير قوة طاردة للجريمة، وناهية عنها في آن واحد.

بيد أن القوانين الجنائية قد تكون أداة قهر أو وسيلة إصلاح اجتماعي بالنظر إلى السياسة التي ينتهجها المشرع في مجال إقرار القوانين الجنائية التي لا يصلحها أن تكون تعبيرا عن طغيان السلطة؛ وإنما يقيما على سواتها أن تبلور في مواجهة الجماعة التي تنظنها، رد فعل مرن لاحتياجاتها في زمن معين. فلا تكون هذه القوانين ضربا من الخيال؛ ولا اقتحاما غير مبصر لطرق لا يعرفها أحد. وإنما تصاغ من منظور واقعي؛ وعلى ضوء ضرورة فعلية -لا وهمية- ويمرعاة احتياجاتها التي لا يفترض دوما أن تتعاصر معها القوانين الجنائية.

إذ من المتصور أحياناً أن تبصر هذه القوانين تلك الضرورة بعد أن تتوافر إرصاداتها التي تنبئها بها، ولكنها تترلّخ عن مواجهتها وإن كان لا يجوز لها أن تنتقمها، ولا أن تتلّخ عنها بخطى بعيدة.

وهذه الضرورة -منظوراً في تحديدّها إلى أوضاع الجماعة ومتطلباتها- هي التي يتعين تمييزها عما يطرا عليها من عوارض لا تصيبها في صميم مصالحها، أو جوهر توجهاتها؛ ولكنها تكون محدودة في أثرها، موقوفة في زمنها، معبرة عن أوضاع مرحلية مألّفاً إلى وزل. وليس لها بالتالي من عناصر الاستقرار ما يكفل ثباتها، فلا تنظمها القوانين الجنائية التي يتعين أن تظلّ سارية لأجل مقولة، بما يكفل قدرتها على مواجهة أوضاع لها من دوامها ما يرشح لتنظيمها بنصوص قانونية تكفل تكيفها معها؛ ومن وضوحها ودرجة أهميتها ما يقتضى التدخل بالجزاء الجنائي لتأمين المصالح الحقيقية التي ترتبط بها، من العدول عليها.

ومن مجموع هذه العناصر، تبلور تلك الأوضاع، نطاق الضرورة الاجتماعية التي تقوم عليها النظم الجنائية، أخذة كذلك في اعتبارها أن الأفراد هم محورها، فلا يصوغ المشرع هذه النظم كأداة توجيهها السلطة السياسية لإقناع خصومها؛ ولا لقمهرهم اجتماعياً؛ ولا لتحقيق أغراض لا رابط بينها. ذلك أن النظم الجنائية منطلومة تتكامل عناصرها، وتتوافق توجهاتها، وتحدد أحكامها على ضوء أثرها على الجماعة، منظوراً إليها في مجموع أفرادها<sup>(١)</sup>.

(١) Ronald D. Rotunda: Modern Constitutional Law, Cases and Notes, fourth edition, pp. 339 - 384; Edward L. Barrett, William Cohen and Jonathan D. Varat, Constitutional Law, Cases and Materials, eighth edition, pp. 1244- 1252; Gerald Gunter, Constitutional Law, twelfth edition, pp. 411, 429; Gerald Gunter, Individual rights in Constitutional Law, fifth edition, pp. 82 - 100.

### المبحث الثالث

#### الجزاء الجنائي - من منظور عام المطلب الأول: مفهوم الجزاء الجنائي

٦٤٤- ليس الجزاء الجنائي إلا عقاباً واقعاً في إطار اجتماعي. وكلما كان قاسياً صار محظوراً. بل إن بعض الدول تعتبر توقيعه جريمة معلقة عليها<sup>(١)</sup>.

ولا يفترض هذا الحظر، إلا بتمحض الجزاء الجنائي لإيلا في غير ضرورة، سواء تعلق الأمر بمضمون الجزاء، أو بالطريقة التي يتم تنفيذها بعد النطق به. وهو بذلك يتصل من بعض نواحيه، بالكيفية التي يعامل بها المحتجزون في أماكن إيداعهم، وبشروط بقائهم فيها، وأوضاع حياتهم بها. ويرتد هذا الحظر تاريخياً، إلى وثيقة للعهد الأعظم Magna Carta<sup>(٢)</sup>. وصار العمل به جزءاً من القوانين المعمول بها في إنجلترا بعد إدراجها في وثيقة إعلان الحقوق بها عام ١٦٨٩<sup>(٣)</sup>؛ وكان ما توخاه ابتداءً هو مواجهة بعض صور الجزاء التي كان معمولاً بها آنذاك، والتي تتسم بطبيعتها البربرية التي يدرج تحتها عرض المدانين في مكان عام تحقير لهم واستهزاء بهم، واستزاع أطرافهم، وفصل أعناقهم Decapitation، وتمزيق أيدانهم<sup>(٤)</sup>.

(١) حظر التعديل الثامن للدستور الأمريكي توقيع أية عقوبة قاسية وشاذة. Cruel and unusual punishment. انظر في معنى العقوبة القاسية.

(٢) Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1978); David Fellman, The Defendant's Rights Today, The University of Wisconsin Press, 1958, pp.383-420.

(٣) ينص الفصل ٢٠ من هذه الوثيقة (١٢١٥) على ما يأتي:

A Free man shall be amerced for a small offence only according to the offence, and for a grave offence he shall be amerced according to the gravity of the offence.

وترجمتها: يعاقب الرجل الحر عن الجرائم الصغيرة وفقاً لدرجة الجريمة؛ وعن الجرائم الخطيرة وفق جسامتها. (وهذا هو مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة).

(٤) ينص الفصل العاشر من وثيقة إعلان الحقوق في إنجلترا لعام ١٦٨٩، على ما يأتي:

That excessive bail ought not to be required, nor excessive Fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted.

(٥) كانت أغلب الجلبات يعاقب عليها في إنجلترا بالشنق. وفي بعض الجرائم الخطيرة -كجريمة الخيانة- كان يجوز تمزيق جسد الشخص إلى أجزاء أربعة. وفي المستعمرات الأمريكية كان يتم تحقير المذنبين في ميدان عام بعد ربطهم من أعناقهم وأيديهم. وكان الجلد كذلك شائعاً في جرائم كثيرة، وكان دفن الجناة أحياناً عقوبة مسموح بها.

٦٤٥- وصار مفهوما أن العقوبة لا يجوز أن تكون علوا مجاوزا حد الاعتدال؛ وأن شذوذها من عناصر سموتها، يندمج فيها ولا يستقل عنها. واليوم يعتبر حظر الإقراط في العقوبة من طبيعة عالمية علي ما تنص عليه المادة ٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨<sup>(١)</sup>.

فلا نكون إلا أمام شيء واحد، هو العقوبة القاسية التي ترفضها المفاهيم التي ألفتها الأمم المتحضرة في مجال النظم العقابية.

ونقرر كذلك أن كل عقوبة جديدة، لا تعتبر بالنظر إلى جدتها وحدها *Per se* مناقية لهذا الحظر؛ وأن سموتها لا تتحدد فقط بالنظر إلى مضمونها، وإنما كذلك على ضوء انقراط تناسبها بصورة ظاهرة مع نوع وخطورة الجريمة التي ترتبط العقوبة بها، وعلى الأخص كلما فرضها المشرع بطريقة تحكمية تتجرد من حقائق العدل وتصادمها.

ولا تزال المعايير التي تتحدد على ضوءها صورة العقوبة مختلفا عليها، وإن وجب القول بأن مجرد وقوع العقوبة التي اختارها القاضى في إطار حدين تقرا بنص تشريعى، ليس كافيا للحكم بمستوريتها؛ وأن صورة العقوبة، وإن كان ينظر إليها في الماضي باعتبارها مرادفة للعقوبة البربرية؛ إلا أن تطور المفاهيم الإنسانية وثباتها في موازين الدول الديمقراطية. وأعرافها وطرائق سلوكها، أدخل هذه المفاهيم في مجال العقوبة، وجعلها قيда عليها تصويبها وتقيدها من غلوئها.

وارتبط للنظر في دستورية العقوبة بالتالى، بقدر توافقها مع حقائق العدل؛ ورضاء الجماهير عنها، وقبولها بها من منظور المقاييس المتطورة التي التزمها الأمم المتحضرة، والتي نكل على ارتفاع وعيها وحسها، ونضجها.

### المطلب الثاني

#### معايير صورة العقوبة

٦٤٦- وحتى اليوم لا توجد معايير مقطوع بها تتحدد على ضوءها صورة العقوبة أو لينها، وإن تحين أن نقرر:

(١) تنص المادة ٥ من هذا الإعلان عن عدم جواز تعذيب أي فرد أو تعريضه لعقوبة أو معاملة غير إنسانية أو محطاة بالكرامة.

أولاً : أن وجود عقوبة الإعدام في بعض النظم، وإمكان توقيعها في نطاقها، لا يخول السلطة التشريعية أن تبتدع من خيالها لية عقوبة تراها دونها<sup>(١)</sup>.

ثانياً : أن للعقوبة التي يفرضها المشرع لا تتحدد قسوتها أو اعتدالها على ضوء أرق المشاعر وأعمقها نبلا. وإنما يتعين أن ينظر إلى وقعها على أوساط الناس، وإلى الأوضاع التي ألفوها ودرجوا عليها في وزنهم لخطورة الجريمة، ونوع وقدر العقوبة التي يفرضها المشرع جزاء عليها، وما إذا كان توقيعها في حالة بذاتها يوافق شرط الوسائل القانونية السليمة<sup>(٢)</sup>.

The idea that punishment could be cruel and unusual not in the abstract, but because it did not " fit the crime" to which it was attached.

### المطلب الثالث

#### معايير قسوة العقوبة تتصرف كذلك إلى طريقة تنفيذها

٦٤٧- وحتى وقت قريب، كان ينظر إلى الحكم بدمسورية العقوبة التي وقعتها المحكمة على المحكوم عليه، باعتباره منبها لكل نزاع حولها، ولو تعرض من أدین بالجريمة لمخاطر جهرية، وواجه ألواما من المعاناة لا قبل لأحد بتصلها أثناء تنفيذه للعقوبة المقرر لها؛ قولا بأن دستورية العقوبة تتحسم بصورها وفق الدستور، أيا كان شأن تنفيذها.

وهو ما لا يجوز القبول به اليوم، على تقدير أن السجناء لا تجوز معاملتهم بوصفهم أرقاء للدولة، تستعبدهم وتحطمهم بهذابها بعد صبه عليهم، أمنة من أن السلطة القضائية لا تقدم نفسها عادة في أوضاع السجون وطرق إدارتها وكيفية تعاملها مع المودعين فيها Hands off doctrine، وأن العقوبة التي وقعتها السلطة القضائية في شأن شخص معين أدین بالجريمة، تحمل معها قيودا تنال من الحرية الشخصية. وأن المنذنين بالتالي لا يملكون غير الحقوق التي نكلها نظم السجون ولوائحها متوخية ضبط الأمن فيها حتى لا يتمرد المودعون بها، خاصة وأن من المفترض في اللقائمين على إدارة السجون، توخيهم تحقيق الأغراض التي تستهدفها النظم العقابية. وهي أغراض يحبطها تدخل السلطة القضائية في كيفية تنفيذها.

بيد أن وجهة النظر هذه، تقتقر اليوم إلى مؤيدنها. تلك أن السجون وإن كان لها احتياجاتها التي يقتضيها ضبط الأمن وضمان السيطرة على فزلائها؛ إلا أن احتياجاتها هذه

(١) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958) at 99.

(٢) See, Robert F. Cushman, Cases in Constitutional Law, seventh edition. P.339.

يتمتع موازنتها بحقوق هؤلاء، فلا يضارون في أيدانهم أو عواطفهم تعديا عليهم ما فتنوا مودعين بها<sup>(١)</sup> ولكن جاز بالتالي استعمال القوة لإنهاء تمرد في السجون، إلا أن استخدام القوة الزائدة للسيطرة عليه، لا يعتبر مخالفا للمستور إلا إذا تم بمسوء قصد، وبطريقة سادية Maliciously and sadistically، ولو لم يكن الضرر الذي أصاب السجناء جسيما<sup>(٢)</sup>.

وصار ثابتا بالتالي أن أوضاع السجون يتمتع مراقبتها قضائيا، وأن كل قيود تصنيفها إلى العقوبة لتزيد من وطأتها، لا يجوز القبول بها، وأن للمذنبين حقوقا لا يجوز الإخلال بها حتى أثناء سجنهم، وأن معاملتهم داخلها بصورة تصفية، يشملها مفهوم العقوبة القاسية المحظورة دستوريا، خاصة إذا أعقروا عن النفاذ إلى متطلباتهم الصحية، كإدعائهم عرايا في نزليهم، وحرمانهم من الحصول على أدويتهم.

ولا يعني ما تقدم أن تحل السلطة القضائية محل القائمين على إدارة السجون في أعمالهم، ولا أن تتدخل في طريقة ضبطهم لها. وإنما تتحدد نقطة التوازن فيما جاوزوا فيه المعايير المنطقية التي يقتضيها إشراقهم على السجون المعمود إليهم بإدارتها. وهو ما يتحقق كلما عاملوا نزلاءها بما يتحضر عن إعتاقهم أو ترويعهم أو الإضرار بهم، أو حتى التخلي عن حمايتهم من عدوان رفاقهم عليهم. إذ لا يجوز أن يؤذيهم أحد أيا كان موقعه، ولا إرهابهم بما لا طاقة لهم به، ولا إنكار حقوق عليهم تزيد من وطأة عقوبتهم.

وبوجه خاص، لا يجوز أن تهبط أوضاع السجناء إلى ما دون الحد الأدنى من احتياجاتهم التي تتطلبها الضرورة لصون حياتهم مما ينقلها. ذلك إن الإخلال بأقل قدر من الحقوق الجوهرية التي كفلها الدستور لهم، أسوأ كثيرا من أن يظل شخص راجحة خطورتهم، مطلق السراح.

ويتمتع القول بالتالي بأن الحقوق التي يجوز حرمان السجناء منها هي فقط تلك التي تقتضيها أغراض العقوبة المحكوم عليهم بها. فإن جاوز مقدار الحرمان نطاق هذه الأغراض، فإن القيود التي تفرضها السجون عليهم دون مقتض، تعتبر جزءا من العقوبة مضاعفا إليها، بما يصممها بمخالفة الدستور بالنظر إلى مجاوزاتها قدر العقوبة المحكوم بها عليهم، والتي يمثل استيفاءها حق مجتمعهم في القضاء.

(١) Rhodes v. Chapman, 452 U.S.337, 345 (1981); Hutto v.Finney, 437 U.S. 685(1978).

(٢) Hudson v. McMillian, 112 S.Ct. 995, 1000 (1992).

وإذا كان من المسلم أن تأهيل المذنبين يقع في نطاق الأغراض التي تتوخاها النظم العقابية، فإن كل إجراء يتخذه القائمون على إدارة السجون لمصلحتهم الاتصايع للقانون والتقييد بأوامره ونواهيه، يعتبر خطوة حيوية في اتجاه إعدادهم لحياة جديدة يعافون فيها للجريمة بعد الإفراج عنهم، ويردون أنفسهم عنها.

ولا كذلك معاملتهم بما يناقض للمستور والقانون، إذ يثيهم تحكم إدارة المسجون فيهم، وتسلبها عليهم دون ما ضرورة، عن التعاون معها من أجل تأهيلهم للحياة الجديدة التي يأملونها.

بل إن معاملتهم في السجون بما يناقض حكم المستور والقانون، يعادل في أثره فرض عقوبة قاسية عليهم بغير مبرر. وبالتالي لا يكون لإيداعهم بها من مقتضى.

ذلك أن القائمين على إدارة السجون، يفتقون الحق في احتجاز المذنبين داخل أسوارها، إذا حجبوا عنهم حقوقا يملكونها وفق للمستور والقانون، وكذلك إذا أسعوا معاملتهم من خلال مهانتهم والإضرار بهم باسم القانون.

### المطلب الرابع

#### صور من العقوبة القاسية

٦٤٨- والمفاهيم المتقدمة جميعها، مؤداها:

أولاً: أن العقوبة القاسية لا تنحصر في أشكالها البربرية غير الإنسانية، ولكنها تشمل كذلك كل عقوبة تنفذ بصورة ظاهرة، تناسبها مع الجريمة محلها وذلك بالنظر إلى عوامل مختلفة يندرج تحتها طول مدتها أو شذوذها<sup>(١)</sup>.

(١) وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

Salem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983).

Cruel and unusual punishments clause, prohibits not only barbaric punishments, but also sentences that are disproportionate to the crime committed.

انظر أيضاً:

O'Neil v. Vermont, 144 U.S. 323, 339-10(1892); Howard v. Fleming, 191U.S.126, 135-36(1903); Weems v. United States, 217 U.S. 349(1910).

وفي هذه القضية الأخيرة قضت المحكمة بأن ارتكاب شخص جريمة تزوير في سجل عام، لا يسوغ توقيع عقوبة عليها مدتها السجن مع الأشغال الشاقة ١٥ عاماً يقضيها المسجون مقيداً بالسلاسل الحديدية في قميصه ومحصيه فضلاً عن حرمانه من كافة حقوقه السياسية، وإخضاعه لمرافقة الشرطة بعد انتهاء مدة العقوبة.

ثانياً: يتعين أن يؤخذ بمعايير موضوعية في تقدير مناسبة العقوبة للجريمة، وهي معايير يدرج تحتها في الدول اللغيدالية:

١. درجة خطورة الجريمة ومبلغ لندفاع العقوبة.
٢. العقوبة التي وقعها القضاء علي مجرمين آخرين داخل حدود الولاية فني شأن الجريمة ذاتها.
٣. العقوبة المقررة للجريمة عنها في الولايات الأخرى:-  
ثالثاً: أن العقوبة للقاسية شأنها شأن القسمة المغالي فيها، كلاهما يتمحص علواً ويبلور بالتالي سلطة مطلقة Unrestrained power. غير مقيدة بقم العذل التي لا يجوز التخلي عنها.
- رابعاً: لا تجوز معاقبة شخص لمن تعلطي الكحول. ذلك أن عقوبة علي هذا النحو تعتبر جزء علي حالة مرضية تتصل به، وتصله عضوياً علي الإغراق في تناول الخمر Addiction to the use of drugs. وهي حالة لم تقترن بأفعال أتاها تشكل في مفهوم القوانين الجزائية سلوكاً معاقباً عليه قانوناً ولا يجوز بالتالي معاقبتهم جنائياً" علي حالتهم هذه التي لم يصحبها إتيانهم أفعالا جرمها المشرع. وكل جزء علي حالة قائمة أيا كان سببها Mere status يعتبر قاسياً، ولو كان لمدة قصيرة (١).

خامساً: لا شأن لمفهوم العقوبة المحظورة دستورياً، بالنظم المدنية. ذلك أن العقوبة القاسية التي حظوها الدستور تقترض:

١. تحديد صور وأنواع الجزاء التي يجوز توقيعها علي الجناة المدانين بارتكابهم لجريمة.
٢. حظر كل جزء يخل -في إطار المفاهيم المعاصرة- تناسبه بصورة ظاهرة مع خطورة الجريمة أو جسامتها.
٣. تقرير قيود موضوعية علي الأفعال التي يجوز تأنيبها وعقابها. وتلك جميعها ملامح تتفرد بها النظم الجنائية (٢).

(١) Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962).

(٢) Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651. 667 (1977).

سابعاً : لا يجوز لقاض أن يدخل في تقديره العقوبة ما لم تطرح عليه، من عناصرها. كمسخط الجماهير علي المتهم أو تعاطفها، وعمق غضبها من فعله أو تسامحها<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك الظروف التي تتعلق بشخص ضحية الجريمة، أو نوع الأضرار التي سببها لعائلته، كالصدمة العنيفة أو الألام النفسية أو الخسارة الفادحة التي لحقت بها. إذ يجوز أن يدخلها القاضي في اعتباره لتحديد مقدار العقوبة التي يوقعها<sup>(٢)</sup>.

سابعاً : ويمكن القول بوجه عام، أنه كلما كان الإجراء قاصياً بالنظر إلى الآثار المدممة التي يربتها، فإن موضوعية الإجراء، يكون أكثر أهمية إذا توخينا أن يكون إجراء مقبولا ومبررا بوضوح في مجتمع ديمقراطي حر<sup>(٣)</sup>.

The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

(١) California v. Brown, 479 U.S. 538 (1987).

(٢) Payne v. Tennessee, 510 U.S. 808 (1991).

وتد عدلت المحكمة على حكمها في القضية السابقة وذلك في قضيته.

Booth v. Maryland, 482 U.S. 496 (1987).

(٣) Frank Iacobucci, Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, in Human Rights and Judicial Review—A Comparative Perspective 1994, volume 34, p.120.

### المبحث الرابع المركز الخاص لعقوبة الإعدام

٦٤٩ - لا تعتبر عقوبة الإعدام عقوبة قاسية. ذلك أن كثيرا من النظم الجنائية لا تزال تطبقها، والقبول العام بها لا يمنعها<sup>(١)</sup>.

وهي تبلور الحق في الفصل في حكم الله تعالى. ولئن قال البعض بأن هذه العقوبة تنافي كرامة الإنسان، وإنها غير خلقية وتنسم بالمغالاة، وأن توقيعها يتطرق غالبا بالفقراء الذين لا يملكون الموارد الكافية التي ينتهي لهم بها فرص الدفاع عن أنفسهم، بما يخل بشرط التكافؤ في المعاملة القانونية بين المعوزين والقلدين. فضلا عن أن تطبيقها يتم بسنق الاندفاع وبطريقة تحكمية، وإنها في كل الظروف تحقق هدفا مبررا<sup>(٢)</sup>.

إلا أن لوجه النقد هذه لا تتصل بعقوبة الإعدام في ذاتها، وإنما بشروط تطبيقها. وهي شروط يتعين أن يحرص المشرع على ضبطها بما ينفي التحكم في توقيعها، ويجعل فرضها مقصورا على الجناة الذين يعمدون بأفعالهم إلى إزهاق أرواح الآخرين. ومن ثم تكون عقوبة الإعدام غير مخالفة في ذاتها Per se للدستور، ولكنها تكون كذلك إذا فرضها المشرع بطريقة أمره لا يكون للقاضي معها ثمة خيار في توقيعها أو إيدالها بعقوبة ألى.

وكذلك تعتبر عقوبة الإعدام مخالفة للدستور إذا لم يحط المشرع فرضها بضوابط تنفي التحكم في تطبيقها. وهو ما حمل المشرعون على أن يكونوا أكثر حرصا في صياغتهم لضوابط هذه العقوبة وموازنين إعمالها حتى لا تفرض بصورة آلية.

ومن ذلك أن يحدد المشرع الظروف المخففة والمشددة التي يتعين أن يدخلها للقاضي في اعتباره قبل فرض العقوبة. وتظل لعقوبة الإعدام شرعيتها في الدول التي يتجه مواطنوها بوجه عام إلى القبول بها، وينظرون إليها بالتالي بوصفها جزءا ملائما وضروريا لا يناهض كرامة الإنسان ولا يحقرها. ولا يجوز بالتالي أن لجهة للرقابة على الدستورية، تستعيض عن تقدير المواطنين ملائمة هذه العقوبة وضرورتها، بتقديرها الخاص لاسيما. وأن الأصل في تلك العقوبة - شأنها في ذلك شأن كل جزء جنائي - أن تحصل معها قرينة الصحة التي لا تسقطها - في مجال للرقابة على الدستورية - غير براهين قوية على مخالفتها للدستور.

(1) Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).

(2) See statements of justices Marshal, Brennan, Stewart and Douglas in the above referenced case.

وكما قدر المشرع أن عقوبة الإعدام تحقق مفاهيم الردع المقصودة منها، فصعبه أن تكون تلك هي رؤياه في شأن أكثر الجرائم خطرا وأشدّها قسوة.

بيد أن عقوبة الإعدام وإن لم تكن في ذاتها مخالفة للمستور إلا أن القواعد الإجرائية لشروط تطبيقها، هي التي توليها جهة الرقابة على الدستورية اهتمامها توفيقا للتحكم في إنزالها على الجريمة، وحتى يوقعها للقاضي في إطار موازين تشريعية منصفة يندرج تحتها طبيعة الجاني، ودرجة ميله إلى الإجرام، وخصائص الجريمة التي ارتكبتها وظروفها.

فضلا عن إتاحة الطعن في الحكم الصادر بها. بل إن من النظم الجنائية ما يقرر مرحلتين في شأن عقوبة الإعدام: أولاهما: تلك التي تتعلق بقيام الجريمة في ذاتها من جهة إثباتها. وثانيتهما: مرحلة للنظر بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة من جهة توافر ظروفها المشددة أو المخففة أو تخفّفها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز في هذا الإطار معاقبة قاتل بالإعدام لمجرد تصرفه أثناء القتل بطريقة غاضبة أو غير مبالية. ذلك أن القتل جميعهم يبنون في هذه الصورة<sup>(٢)</sup>.

ويتعين كذلك أن يدخل القاضي في اعتباره سبيل توقيعه لعقوبة الإعدام - طبيعة الجاني وسجله الجنائي وأوضاع الجريمة التي ارتكبتها، وكافة ظروفها المخففة حتى تلك التي لم ينص عليها المشرع، وذلك حتى يكون توقيعه لهذه العقوبة، أو لعقوبة أقل منها، منطوقا<sup>(٣)</sup>، قائما على النظر في الجريمة على ضوء كافة ظروفها والأوضاع التي تتصل بمرتكبها<sup>(٤)</sup>.

٦٥٠- وتكون عقوبة الإعدام مخالفة للمستور إذا فرضها المشرع في شأن جريمة غير خطيرة؛ أو كان فرضها، لا يسهم بصورة معقولة في تحقيق الأغراض التي يقوم التجريم

(١) Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153, 195, 198 (1976).

(٢) Godfrey v. Georgia, 446 U.S. 420 (1980)

(٣) Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 (1978) at 604

(٤) Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280, (1976); Eddings v. Oklahoma, 455 U.S. 104, 110 (1982).

ويلاحظ أن الظروف المشددة للجريمة، يتعين أن ينص عليها المشرع، على خلاف الظروف المخففة التي يجوز أن يستخلصها للقاضي من قرائن الأحوال بالنظر إلى طبيعتها الإنسانية وصلتها المباشرة بطبيعة مرتكب الجريمة وظروفه الخاصة. ولا كذلك الظروف المشددة، إذ هي صل تشريعي يتوخى حصر الجناة الذين يستحقون عقوبة الإعدام. فإذا وقع الجاني في الدائرة الضيقة للجناة الذين يستأهلون هذه العقوبة، فليس على القاضي بحذف أن ينظر في سجل الجاني وكافة الظروف ذات الصلة بالجريمة التي ارتكبتها.

عليها، بما يجعل توقيعها منطوقا علي إحداث آلام لا مبرر لها، ومعاناة لا فائدة منها  
 Purposeless and needless imposition of pain and suffering.

وتبتل هذه العقوبة كذلك إذا لُحِلَت بتأسيبها بصورة ظاهرة مع طبيعة الجريمة محلها.

وهو ما يتحقق على الأخص إذا وقعها قاض علي جان لم يقتل بنفسه، ولم يشرع في  
 القتل، ولم يقصد قتل أحد.

ولا كذلك أن يكون الجاني قد أسهم في الجريمة بصورة فعلية، ولم يكن يعنيه كثيرا أن  
 يسفر ارتكابها عن القتل، أو لا يكون القتل نتيجتها.

وقد يكون الجاني كامل الأهلية وقت ارتكابه الجريمة، وقت الفصل فيها والناطق بعقوبة  
 الإعدام عنها. فإذا صار مختل العقل في مرحلة لاحقة، فإن تنفيذ هذه العقوبة يتمحض عن  
 قسوة ظاهرة لا مبرر لها، خاصة وأن إعدام المجنون لا يحقق الأغراض التي تستهدفها  
 القوانين الجنائية. وهو كذلك ينافي وثائق إعلان الحقوق<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك المتخلفون عقليا، إذ يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام فيهم، ولو دل إحصاء علمي  
 مخالف هذا التنفيذ للقيم الإنسانية. إذ ليس للدلائل الإحصائية من أثر علي الضوابط الدستورية،  
 وخاصة وأن تنفيذ عقوبة الإعدام في شأن المتخلفين عقليا، وإن جاز اعتباره عقوبة قاسية إذا  
 كان هؤلاء يفقدون إلي الأهلية الكافية التي يتدرون بها خطأ أفعالهم، إلا أنهم يدخلون في  
 زمرة مختلفة عن الملثمين عقلا، كلما قام الدليل علي أن ملكاتهم العقلية لم تمنعهم من مواجهة  
 التهمة والعمل علي إحضارها<sup>(٢)</sup>.

وكل ما هو مطلوب في شأنهم هو تفريد العقوبة الخاصة بهم علي ضوء خصائص  
 تكوينهم العقلي وظروفهم الشخصية، ولأوضاع الجريمة التي قارقوها. ذلك أن تخلفهم عقليا،  
 يعتبر ظرفا مخففا يتعين أن يؤخذ في الاعتبار، مثلهم في ذلك مثل الجناء الذين تعرضوا في  
 طفولتهم لاعتصابهم جنسيا أو أخير ذلك من مظاهر سوء استعمال المملطة الأبوية Abused  
 Background. وكما يجوز إعدام المتخلفين عقليا، يجوز كذلك تطبيق العقوبة ذاتها بالنسبة إلى  
 القصر الذين بلغوا السابعة عشرة أو السابعة عشرة<sup>(٣)</sup>.

(١) Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399 (1986).

(٢) Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302, 335 (1980).

(٣) Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).

٦٥١- ويظل المعيار الحاسم في مجال تحديد معقولية العقوبة، اجتهدا قضائيا، ومفترضا أوليا لضمان تدرجها وتناسبها مع الجريمة كلها. ودون ذلك حقائق العسلد التي تعطيلها المفاهيم المعاصرة أهمية كبيرة. ويتعين أن يكون واضحا في الأذهان، إن شدة العقوبة لا تدل بالضرورة على قسوتها.

A severe punishment is not necessarily a cruel one.

ذلك أن نقلها قد يكون تقديرا منطقيا من المشرع لخطورة الجريمة.

٦٥٢- ولكن كان الأصل في القوانين بوجه عام، هو حملها على افتراض موافقتها للمعشور على تقدير أن المشرع عادة يحدد بطريقة أفضل نطق العقوبة الملائمة للجريمة، إلا أن هذا الافتراض يخلل بصدد كل عقوبة لا تلغها الدول بوجه عام في شأن مغايرس التجريم محددة على ضوء أعرافها وتقاليدها، لتجاوز العقوبة حدود الاعتدال، بقدر مصداقتها للقيم الخلقية لأوساط الناس على ضوء النظرة التي يقدرون بها ما يعتبر حقا وملتما في شأن جريمة بذاتها في إطار كافة ظروفها<sup>(١)</sup>. ويتعين بالتالي أن يكون غلوها ظاهرا "بوجه عام بالنظر إلى خروجها على الضوابط المنطقية التي ينبغي أن تحيط بها، فلا يتقبلها الضمير الاجتماعي"<sup>(٢)</sup>.

ومن المتصور أن يغلظ المشرع العقوبة في شأن جرائم لها من خطرهما وسوء عواقبها ما يقتضي أخذ جنايتها بالحزم لردعهم عن الإقدام عليها أو المضى فيها كجرائم القتل والسوقة باستعمال السلاح أو بالمواد المتفجرة، ومواقعة امرأة جبرا، واختطافها، وجرائم الدعارة. على أن يكون مفهوما في كل حال أن قابلية العقوبة للعفو عنها، لا تحول دون النظر في قسوتها أو اعتدالها، وأن الغرامة المعنوية فيها شأنها شأن العقوبة التي يجاوز مبلغها الحدود المنطقية، كلاهما يؤكد؛ وأن كل عقوبة تتناقض بصورة واضحة الأغراض التي يستهدفها للتجريم، تفقد بالضرورة إلى مبرراتها، وأن المعاملة غير الإنسانية -كذلك التي تتعلق بالتحقيق مع المتهمين

<sup>(١)</sup> *Weems v. United States* (1910) 217 U.S. 349.

<sup>(٢)</sup> جرد أحد الجلود الذي كان قد هجر وحدته العسكرية ليوم واحد، وعاد إليها، باختياره من صفته كمواطن. وقد تبين المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية أن عقوبة على هذا النحو من الغلظة، لا مثيل لها إلا في دولتين اثنتين فقط.

*Trop. V. Dulles* (1958) 356 U.S. 86.

وقد ذكر القاضي فرانكفورتر في هذه القضية، أن تجريد المواطن من جنسيته يلحق به مصيرا أسوأ من الموت.

It can be seriously argued that loss of citizenship is a fate worse than death.

وهم والقنن أو محاطون بضوضاء صاخبة أو متصلة، أو محرومون من النوم والطعام مدداً طويلة أو منقطعة- شأنها شأن العقوبة التي تقتصر إلى عناصر تناسبها مع الجريمة في مخالفتها للدستور.

ذلك أن هذه المعاملة وتلك العقوبة، إن تجر وراءها غير معاناة عقيمة في فائدتها تتلقى جوهرها -بصورة فجأة- موازين المنطق. وتخل كذلك بالقيم التي ألفها أوساط الناس واعتادوها في مظاهر سلوكهم<sup>(١)</sup>.

### وعلى ضوء ما تقدم، ينبغي أن نلاحظ:

أولاً: أن لكل شخص قيدت حريته على وجه أو آخر، حقاً كاملاً في النفاذ إلى القضاء ليحصل على كافة الحقوق التي يزيل بها القيد على حريته، بما في ذلك الاتصال بكافة الملفات والوثائق التي لها صلة بالحقوق التي يطلبها وفقاً للقانون وفق شروط منطقية تستخلص من كافة الأوضاع ذات الصلة.

ثانياً: أن حق السجين في النفاذ إلى المحاكم جميعها، يشمل على حقه في إيداء دفاعه، وتلقى كافة الوثائق المتصلة بالدعوى والرد عليها، وبمراعاة أن تقدير معقولية النفاذ إلى المحكمة، من مسائل الواقع التي نستخلصها من كافة الأوضاع ذات الصلة.

وإذا لا تكون العقوبة التي يفرضها المشرع أو التي يوقعها القاضي، مخالفة في ذاتها للدستور. وإنما تتأتى قسوتها، أو منافاتها لضوابط الاعتدال، من الكيفية التي يتم بها تنفيذها، خاصة من القائمين على السجون الذين يتعاملون بظلمة مفرطة مع المسجونين، ويصبون عليهم عذبا متعدد الألوان، متكررين في ذلك بأن المسجون نظمها التي لا يجوز أن تخضع توقيا لتمررد السجناء أو عصيانهم. وهو اعتبار لا يسوغ إساءة معاملتهم، أو إهانتهم، أو تعذيبهم على نحو أو آخر. ذلك أن أمنيته تسمو فوق كل اعتبار.

ثالثاً: وكلما صدر عفو عن الجريمة، فإن الرجوع عن هذا العفو بخير الوسائل القانونية السلمية التي يندرج تحتها حق الدفاع، يناقض الدستور.

(١) O' Neil v. Vermont 144 U.S. 339 - 40 (1892); See also European civil liberties and the European Convention on Human Rights, A comparative study, edited by C.A. Gearty, 1997, pp.98-99.

وقد قضى بأن من المغالاة توقيع عقوبة الإعدام على من اغتصب امرأة، أو على شخص لم يقتل بنفسه، وأن الأصل في عقوبة الإعدام أن تردع الذين صمموا على القتل، وعقدوا العزم عليه.

رابعاً: لا يعتبر توقيع المحكمة لعقوبة ما على عدد من المولدين يزيد على عدد البيض الذين تشملهم للمحكمة بهذه العقوبة ذاتها، تمييزاً مخالفاً للدستور.

ذلك أن العقوبة التي تقدرها المحكمة في شأن من تدينهم بالجريمة التي اتهموا بارتكابها -أيما كان لونه- من المسائل التي تدخل في نطاق سلطتها التقديرية، ما لم يقم دليل على انحرافها -لا من الإحصاء- وإنما من خلال قرائن مادية تتضمن إلى بعضها، وترجح إسامتها استعمال سلطتها في تقدير العقوبة.

خامساً: ولئن جاز القول بأن اعتبار عقوبة شاذة أو قاسية من المسائل التي تثير جدلاً عميقاً حول ماهية هذه العقوبة أو كنهها؛ إلا أن ثمة صوراً من العقوبة لا نزاع في حظرها، من بينها أن الحكم بإعدام شخص بالصدمة الكهربائية، وإن كان لا يعتبر عقوبة قاسية، شأنه في ذلك الإعدام شنقاً أو رمياً بالرصاص ولو بفرقة من الجنود A firing squad؛ إلا أن تعرض الجاني لصدمة كهربائية ثانية بعد إخفاق الأولى في قتله لعطل ميكانيكي أصاب الأجهزة التي تحدثها، يعتبر عملاً مخالفاً للدستور بالتالي.

سادساً: وتعتبر كذلك عقوبة قاسية، كل عقوبة من شأنها التمييز الكامل لمركز الشخص في الجماعة المنظمة التي يعيش فيها. ويندرج تحتها تجريد من حق كموطن. بل إن هذه العقوبة تعتبر أكثر بدائية من تعذيبه، وأسوأ أثراً، إذ يصير بسببها عديم الجنسية. فضلاً عن أن كل عقوبة لا يجوز القبول بها، إلا بشرط توافيقها مع المعايير التي التزمها الأمم المتحدة لضمان إنسانيتها.

سابعاً: إذا كان الشخص عاقلاً وقت إتيان الجريمة، وظل كذلك، حتى صدور الحكم، فإن العقوبة المحكوم عليه بها، يتعين وقفها إذا قد قراء العقوبة أثناء تنفيذها. إذ لا يتصور أن يكون المجنون قادراً على فهم الأغراض التي يستهدفها الجزاء، ولا يجوز بالتالي تنفيذها بعد أن صار عديم التمييز، وإلا اعتبر الجزاء عملاً انتقامياً.

يؤيد هذا النظر، أن المجتمع، وإن كان يعنيه ضمان مصالحه وقيمه وأهدافه؛ إلا أن مسؤولية الفرد عن الإخلال بها، حدها إرادة اختيار الأفعال التي أتاها. فإذا فقد كل قدرة على التمييز قبل البدء في تنفيذ العقوبة أو أثناء هذا التنفيذ، فإن مفهوم القصاص كجزاء على الأفعال التي أتاها، يصير منتكياً.

**ثامنا :** وكلما ادعى محام أن موكله فقد قواه العقلية<sup>(١)</sup>، فإن الوسائل للقانونية السليمة تقتضي ألا يعمد بالفصل في هذا الشأن الخطير إلى جهة إدارية في تكوينها، أيا كان موقعها. وإنما ينبغي أن يتولاه أخصائيون يثبتون في نطاق علمهم، توافر عاهة العقل أو تخلفها. ولئن جاز القول بأن المقصود بعاهة العقل في هذا المقام، هي تلك التي يصير بها الشخص عديم التمييز، وأن المتخلفين عقليا *Mentally retarded people*، لا يعتبرون كذلك، على تقدير أن تضاول قدراتهم العقلية لا معنى زوالها. إلا أن ما نراه صوابا، هو أن المتخلفين عقليا وقت ارتكابهم الجريمة، لا يملكون كامل إرادتهم، ولا يعتبر إعدامهم بسببها جزءا منطقيا. وكذلك الأمر إذا كان للشخص حدثا. إذ يكون ناقصا الأهلية وقاصرا عن التقدير الصحيح والمتوازن لحقيقة الأفعال التي ارتكبها.

**تاسعا :** وقد يؤخذ في تحديد قسوة العقوبة ليس فقط من منظور جسامتها، وثقل وطأتها، أو على ضوء تقييم المحاكم الوطنية لها؛ وإنما كذلك من خلال مقارنتها بالعقوبة المقررة عن الجريمة عينها في الدول الديمقراطية<sup>(٢)</sup>.

**عاثرا :** وكلما كانت العقوبة المحكوم بها واقعة في حدود الدستور، فلن نقضها لا يجوز، ولو فرض للقاضي فيما بعد عقوبة أشد على جريمة أثل خطورة من الجريمة الأولى. ذلك أن بيد كل قاض وفقا للدستور، أن يقدر في حدود منطقية، مبلغ العقوبة في الحدود التي أنشأها المشرع بها، فلا يراقبه أحد في اختيار جزء دون آخر كلما كان هذا الاختيار جائزا تشريعا، وكان كذلك غير قائم على التحكم. ذلك أن لكل جريمة ظروفها الخاصة سواء ما تعلق منها بشخص مرتكبها أو بالأوضاع التي لا يستها<sup>(٣)</sup>.

(١) هذا وتقتض المادة ٣٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا ثبت أن المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة في عقله طرأت بعد وقوع الجريمة، يوقف رفع الدعوى عليه أو محاكمته حتى يعود إليه رشده.

(٢) Salem V. Helm 463 U.S. 277 (1983).

(٣) كان قد قضي في جريمة اختطاف ارتكبها جان بمقوبة أثل في جريمة نقل بالرغم من التباين أسوأ من الأولى.

See: Williams v. Oklahoma 358 U.S. 576 (1959); Coker v. Georgia 433 U.S. 584 (1977).

### المبحث الخامس

#### الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة، وبين التقدير القضائي لها

٦٥٣- يتعين الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة وبين التقدير القضائي لها ممثلاً في مبلغها وفقاً للقانون، والتقدير القضائي لها. ممثلاً في تفريدها.

ذلك أن تفريد القاضي للعقوبة -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- لا يفصل عن المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية، بل هو جوهرها. إذ يتصل هذا التفريد بعقوبة فرضها المشرع بصورة مجردة شأنها في ذلك شأن النصوص القانونية جميعها. ولا يتصور بالتالي أن يكون إزالتها بنصها على الوثيقة الإجرامية محل الاتهام، ملائماً لكل أحوالها ومتغيراتها، وذلك لأمرين:

أولهما: أن المتهمين لا يمثلون في خصائص تكوينهم ولا في بيئتهم؛ ولا في قدر ثقافتهم أو تعليمهم؛ ولا في نطاق نكلتهم أو استقلالهم بولا في نزعاتهم الإجرامية التي لا تجمعها وحدة تترابط أجزاءها. وإنما يترجون بين الاعتدال والإفغال في إجرامهم؛ بين وهن نزعتهم الإجرامية أو فحشها.

ولا يجوز بالتالي صلبهم في نماذج جامدة لا يتحولون عنها؛ ولا اعتبارهم من قوابلها التي يصهبون فيها، فالمنذوبون لا يتولقون في خطورتهم ولا في ظروفهم.

ولا يجوز بالتالي، أن تتحد عقوباتهم، وكلهم فرد واحد، بالميل الحداثي ذاتها، والخلفية الذهنية عنها.

فإذا وحد المشرع بينهم بافتراض توافقه في ملكاتهم ونزعاتهم وتوجهاتهم، كان ذلك إيقاعاً لجزاء في غير ضرورة، بما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض، وبما يجسر على المتهمين -سواءً مختلفون في كل شيء- ألواناً من المعاملة لا قبل لهم بها، بعد أن افترض المشرع أنهم نظراء بعضهم لبعض -سواءً في نوع جريمتهم، أو دوافعها، أو خلفيتها، أو قدر التصميم عليها- بما يخل بشرط الوسائل القانونية السليمة التي لا يتصور في غيبتها أن يكون للحق في الحياة، ولا للحق في الحرية، أية قيمة لها اعتباراً.

ثانيهما: أن مشروعية العقوبة من زاوية دستورية، مناطها أن يباشر القضاء ملطلتهم في مجال التدرج بها وتجزئتها، تقديراً من جانبيها في الحدود المقررة قانوناً.

فذلك وحده هو الطريق إلى معقوليتها وإنسانياتها، مجبرا لأثار الجريمة من منظور موضوعي يتعلق بها ويمر تكبها.

فإذا منعهم المشرع من وقف تنفيذ العقوبة التي فرضها -وَلْيَا كَانَتْ دَوَاقِعُهُ فِي ذَلِكَ- كان ذلك تنخلا في سلطتهم في تحديد مبلغها، ومفضيا إلى خطر اتصال الجناة بمنحنيين آخرين ربما كانوا ألدح منهم إجراما.

وهو ما ينافي حقيقة أن تنفيذ العقوبة -وليس مجرد نوعها أو منتهها- هو الذي يحقق الإيلام المقصود بها؛ ولن سلطة للقضاء في تفريد العقوبة -مرفندج تحتها وقف تنفيذها- لازمها أن ينهيا للمحكوم عليهم بها، فرص إقالتهم من عبثها إذا كان لهم من منهم أو خلقهم أو ماضيهم أو طبيعة الجريمة التي ارتكبوها أو ظروفها، ما يرشح لعدم عودتهم مستقبلا إلى الإجرام.

فلا تكون هذه العناصر جميعها غير ضوابط يتحرونها ويقيمونها على دعائم من القرائن وعبون الأوراق، ليحدد كل قاض على ضوئها، عقوبة الجريمة سواء في نوعها أو قدرها. فلا يبتدع عقوبة جديدة لا نص عليها. وإنما يتولى تقديرها بما لا يعطل سلطة وقف تنفيذها، أو يبدلها بغيرها، وذلك استصحابا لأصل في العقوبة، مؤداه تفريدها لا تعميمها<sup>(١)</sup>.  
Individualization of punishment.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٨/٣ - قاعدة رقم ٣ - ص ٦٧ وما بعدها من الجزء ٨ من أحكام المحكمة.

### للمبحث السادس

#### معايير وضوابط الجزاء الجنائي

٦٥٤- لأن كان الجزاء -جنائيا كان أم تديبيا أو مدنيا- يفترض أن خطأ معينا لا يجوز تجاوزه؛ وكان جوهر العقوبة وأغراضها من أكثر المسائل التي احتدم الجدل حولها، إلا أن العقوبة تحكمها بوجه عام معايير أهمها:

١. أن العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن جريمة بذاتها حدد أركانها، تلبور مفهومها للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، والتي لا يندرج تحتها ميل الجماعة أو حرصها على إرواء عطشها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم تنكيلا وتكفيرا عما لُتاه<sup>(١)</sup>. بل يتعين أن يكون هذا الجزاء تعبيراً منطقياً عن حدود الاعتدال، على أن يكون مفهوماً أن ضوابط الاعتدال تنقسم بالمرونة، وتميل إلى الاتساع بقدر تطور الجماعة، وعلى ضوء نظرتها المتغيرة للحدود التي يعتبر الجزاء فيها إنسانياً يحفظ للناس كرامتهم. ويوجه عام يعتبر الجزاء قاسياً كلما صدم توقفاً معقولاً لأوساط الناس، بأن آثار الإثم مزلزل العام أو أن كان همجياً، أو حط من قدر الجناة بغير مبرر، أو كان منافياً للمعايير التي يكون بها منصفاً.

والطبيعة المتطورة لضوابط قسوة الجزاء الجنائي، هي التي أسس عليها رئيس القضاة Warren القول بأن معنى العقوبة القاسية، يستلزم للمقاييس المتطورة لجماعة ملتزمة، تعبيراً منها عن نضجها ورفي حصها<sup>(٢)</sup>

٢. أن ما يعتبر جزاء جنائياً في النظم الجنائية، لا يجوز أن يقل مداه -في عقل جبان محتمل- عما يكون لازماً لحمله على أن ينتهج طريقاً سوياً، لا تكون الجريمة من منافذه، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها. ذلك أن عقوبة الجريمة التي لا تربو وطنها في عقل المخاطبين بالنظم الجنائية، على مزايا ارتكابها، تحض عليها وتسهل أمرها. ويتعين بالتالي أن يقدر المشرع مبلغ العقوبة على ضوء خطورة الجريمة، أو درجة إجرام مرتكبها، أو هما معاً.

(١) دستورية عليا- القضية رقم ٧٣ لسنة ٥١ قضائية دستورية جلسة ١٩٩١/٨/٣ - قاعدة رقم ٣- ص

٨٠ جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

٣. لا يجوز أن تكون العقوبة في أثرها، أداة عاصفة بالحريسة، تقمعها أو تنقدها بالمخالفة للقيم التي ارتضها لدول الديمقراطية في مظاهر سلوكها على اختلافها. وهي قيم نطل في ضوابطها المعاصرة، إطارا للنظم الجنائية جميعها. وإذا كان من المقرر أن الحرية في كامل أبعادها لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز للتضيقة بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها وزنها، فقد تحين موازنة حقوق الجماعة ومصالحها الأساسية، بحقوق الفرد قبلها، بما يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن يكون الجزاء الجنائي -في أثره أو على ضوء طرائق تنفيذه- منافيا للقيم التي ارتضتها الأمم المتحضرة. وهو يكون كذلك إذا تحصص تعذيبا، أو انتهاكا في غير ضرورة لحمة البدن، أو إخلالا بالعرض<sup>(٢)</sup>، أو إيلا غير مبرر كجسر الجناة في الطريق إلى مكان تنفيذ عقوبتهم، أو إغراقهم أو حرقهم أحياء أو تعذيبهم أو إذلالهم، أو تحطيمهم عقليا، أو سبهم بالنار علي وجوههم أو أيديهم؛ أو تجريسهم، أو فصل أيديهم وأذانهم أو أعناقهم، أو نزع لظفرهم أو تقطيعهم إلى أجزاء أو إلى شرائح.

٤. لا يعتبر تخطيط عقوبة الجريمة الأخيرة في حالة العود Habitual offender laws مخالفا للمستور. إذ ينظر للجناة الملتئمين على تقدير تأصل الإجرام فيهم، وأن انحرفهم صار عادة ألفوها ومنهجها متصلا، وأن الأمل في توبيتهم ضئيل إلى حد كبير.

٥. إذا أنشأ المشرع جريمتين لحماية المصلحة الاجتماعية ذاتها، تعين أن يقرر إحداها عقوبة أشد من تلك التي يضعها للثانية، حتى إذا غاضل جان محتمل بين الجريمتين، لاختار أكلهما إيلا، لتصرفا عن العقوبة الأكثر قسوة.

٦. يتعين ملائمة العقوبة مع الجريمة التي تخصصها في كافة عناصرها وظروفها حتى يزنها بالقسط من يتجهون إلى ارتكابها. فلا يقدمون عليها أصلا، أو يرتكبونها بوسائل مختلفة، تمثل خطرا أقل على قيم الجماعة وثوابتها.

(١) دستورية عليا- لقضية رقم ٧٣ لسنة ٥١ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٦/٨/٣- قاعدة رقم ٣- ص ٨٠ جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) دستورية عليا- لقضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢- ص ٣٩٣ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

٧. على المشرع أن يصمم العقوبة ليمنع الجاني من العودة إلى الجريمة، أو من إكبان غيرها خلال فترة من الزمن. وهو بذلك يؤمن الجماعة من مخاطر الإخلال بنظمها الجنائية، ويصون أفرادها كذلك من الانزلاق إلى جريمة لا يأمنون عواقبها، ولو توافرت لهم الفرص التي تغريهم بها.

٨. الأصل في العقوبة - على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر، نأيا بها عن أن تكون إيلافا غير مبرر، يؤكد قوتها في غير ضرورة<sup>(١)</sup> Unnecessary cruelty and pain .

ولئن صح القول بغموض المعايير القاطعة التي يتحدد على ضوئها مجافاة العقوبة لضوابط الاعتدال؛ إلا أن من المقرر - على الأخص من ناحية تربيعة - أن كل عقوبة بربرية أو تعذيبية أو مهينة لفرد - ريندرج تحتها صلبه أو إرقله أو غليه حيا، أو تحطيم عظامه أو تمزيق أطرافه أو سحق أصابعه، أو قتله بصورة بطينة - لا يجوز القبول بها لمخالفتها للدستور. ذلك أن قيم العدل أو معطياتها وثوابتها، تفترض تناسبا بين العقوبة والجريمة

It is a precept of justice that punishment should be proportioned to the offence

وتعتبر العقوبة المتراخية في أجلها، والمرهقة في تنفيذها دون مقتض، مخالفة للدستور، وعلى الأخص كلما قام الدليل على اتعدام تناسبها مع الجريمة.

٩. وامتناع الظو في العقوبة، يفترض أن نكون بصدد جريمة حدد المشرع ركنها وفعلها للدستور والقانون. ولا كذلك أفعال يؤثمها المشرع بالمخالفة للدستور، إذ تسقط الجريمة بعقوبتها، ولو كان مبلغها تافها.

١٠. وكما كان الجزاء واقعا في غير ضرورة؛ صار مخالفا للدستور. فالذين يهجرون الجيش، يتخلون عن أداء الخدمة العسكرية بغير نية العودة إليها. وذلك لأسباب مختلفة من بينها الفرع أو الهستريا أو عدم التوازن العاطفي. وهي بعد جريمة يرتكبها الجود حتى فسى أماكن تدريبيهم<sup>(٢)</sup>. فإذا جردهم المشرع من جنسيتهم، كان ذلك أسوأ من تعذيبهم.

(١) الحكم السابق - ص ٤٠٤ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

(٢) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

فضلا عن أن هذا التجريد يسقط كافة حقوقهم، ويمزلهم بصفة نهائية عن مجتمعهم، ويجعلهم هائمين علي وجوههم لا يعرفون لهم مستقرا، ويعرضهم كذلك لمزيد من المعاناة ويعمق خوفهم. فلا يكون هذا التجريد غير مصير أسود تنبذ الدول الديموقراطية جميعها.

١١. لئن عارض البعض عقوبة الإعدام قولا منهم بأنها تنافي كرامة الفرد؛ ومرفوضة خلقيا، ومغالى فيها Morally unacceptable and excessive؛ وأن الذين يتحملون عادة بها فقراء لا يملكون موارد كافية يردون بها هذه العقوبة عنهم، من خلال توظيفهم محامين متميزين يدفعونها؛ ولها بذلك عقوبة لا شأن لها بالأثرياء الذين يولكون عنهم أفضل المحامين وأكثرهم تقوفا؛ بما يخل -ضمننا- بشرط للحماية القانونية المتكافئة؛ وكان آخرون قد قرروا أن عقوبة الإعدام، قاسية في ذاتها Per se وليس لها ما يبررها. ولا يكفل توقيعها تحقيق غرض مشروع، وكثيرا ما تم تطبيقها بطريقة تحكمية، وعلى ضوء نزوة عابرة أحيانا Arbitrariness and Capriciousness؛ إلا أن هذه الآراء -رأيا كان قدر وجهاتها- تنطلي اجتهدا لأصحابها لا يناقض حقيقة أن هذه العقوبة لا تزال قائمة في دول كثيرة تحيط توقيعها بكل ضمانات منطقية تقتضيها حقائق العدل، سواء كان الإعدام شنقا، أو تم رميا بالرصاص أو سقا بالكهرباء، أو قتل بالغاز الخانق<sup>(١)</sup>.

وهي عقوبة شرعتها الأديان جميعها، وفرضها الله تعالى في نطاق الحق في القصاص، وزجرا لهؤلاء الذين يقتلون النفس الواحدة بنهر الحق، فكانهم قتلوا الناس جميعا.

ولا يبقى بعد هذا غير النظر إلى عقوبة الإعدام من جهة شروط توقيعها، وأهمها ضرورة أن تؤخذ بتدبير كبير من الحذر؛ وأن يكون توقيعها في حدود ضيقة؛ وأن تحقق المحكمة في الجريمة من جهة ظروفها والخصائص الشخصية لمرتكبها؛ وأن تدخل في اعتبارها كافة العوامل التي ترشح لتخفيفها، ولو أغفل المشرع بيانها، أو سها عن تحديد بعضها<sup>(٢)</sup>.

١٢. ولا يعتبر جلد الزاني والزانية عقابا منافيا حدود الاعتدال، إذ هو من حدود الله تعالى التي لا تقبل تعديلا.

(١) Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459 (1947); See also Furman v. Georgia- 408 U.S. 238 (1972)؛ Gregg v. Georgia, 428 U.S.153 ( 1976 )

(٢)عكس ذلك الظروف المشددة التي لا يجوز الأخذ بها إلا إذا نص عليها المشرع، وحدهما حصرا، أو بينها بطريقة واضحة لا تجهيل فيها.

١٣. كذلك لا يعتبر عقاباً إبعاد الأجنبي عن غير بلده إذا أخذ بتشريعاتها أو نظمها القانونية، وعلى الأخص كلما تم هذا الإبعاد لمجرد وقوع هذا الإخلال من وجهة نظر للدولة المضيفة. ومن ثم جاز لمواطني الدول المعتبرة أطرافاً في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، الطعن على قرارات إبعادهم الصادرة من الدول الأجنبية التي أقاموا بها، على أساس مخالفتها لحقوقهم الجهرية التي تكفلها لهم هذه الاتفاقية.

١٤. ولا تعتبر العقوبة التي يفرضها المشرع على تعويق العدالة، مخالفة للمنطق إذا جسطها واقعة بين حدين لا يزيد ألفساحها عما يطبق جزاء منفسها لهذه الجريمة، وإن وجب القول بأن عقوبة الغرامة التي يكون مبلغها كبيراً، وعلى الأخص إذا سجن من لم يوفها لسنين عديدة جزاء عدم دفعها- تعتبر مخالفة للدستور.

١٥. وعلى الجهة القضائية التي تبشر رقابتها على دستورية العقوبة، أن تتحقق أولاً من اتصالها بالأفعال يجوز تأنيها وفقاً للدستور.

فإن كانت هذه الأفعال كذلك، تحين عليها بحيث أن تتطوّر في مضمون العقوبة وإثرها، لتحديد مسوتها أو اعتدالها.

إذا بان لها وحشيتها، أو منافاتها من أوجه أخرى للقيم الإنسانية؛ كان عليها أن تسقط هذه العقوبة ومعها الجريمة التي تتصل بها.

٦٥٥- وليس في دستور جمهورية مصر العربية نص يحظر الظوفى العقوبة أو الإفراط في كيفية تنفيذها؛ إلا أن أمرين ينبغي ملاحظتهما في هذا الشأن.

أولهما: أن النماير جميعها تولي اعتبارها ليس فقط للشروط القديمة، وإنما كذلك لمسا يجد مستقبلاً منها.

ثانيهما: أن شرط اعتدال العقوبة منطور بطبيعته. وهو بذلك غير منحس في مفاهيم جامدة. ذلك أن المعاني الجديدة التي تضفيها العدالة الإنسانية تعتبر من مكتسباته.

وفي هذا الصدد تقرر المحكمة الدستورية العليا -رفى مجال تفسيرها للمتطور لنصوص الدستور، ونظرتها الواعية لضرورة تطويعها لروح العصر- أن مضمون للقاعدة القانونية التي تسمح في الدولة القانونية عليها، وتتقيد هي بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي التزمها للدول الديمقراطية، واستقر أمرها على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة؛ وأن

خضوعها للقانون -محددا مضمونا وتطابقا على ضوء مفهوم ديموقراطي- يقتضيها ألا تسنزل بالحماية الدستورية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحريتهم، عن الحدود الدنيا التي تقوم بها متطلباتها التي تواتر العمل على القبول بها في الدول الديمقراطية؛ ولا أن تفرض على تمتعهم بها، أو مباشرتهم لها، غير القيود التي ارتضتها هذه الدول، سواء تعلق الأمر بمضمون هذه القيود، أو بمداهها.

ولا يجوز بالتالي أن نقوض الدولة القانونية، فرائض وجودها التي يندرج تحتها صون الحرية للشخصية التي اعتبرتها المادة ٤٨ من الدستور حقاً طبيعياً، وهي حرية يتفرع عنها ولازمها، حظر تقرير عقوبة تفرضها الدولة "بتشريعاتها"، تكون مهينة في ذاتها؛ أو ممحقة في هويتها؛ أو منطوية على تقييد الحرية للشخصية بغير الوسائل القانونية السلمية؛ أو من شأنها معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها<sup>(١)</sup> >>.

٦٥٦- على أن النظر المتقدم، وإن قام على اجتهاد من المحكمة الدستورية العليا، تخرج به العقوبة المغالية في مبلغها أو وسيلة تنفيذها من نطاق الحماية الدستورية؛ إلا أن كثيراً من الدساتير تقرر ذلك بنصوص صريحة فيها. من بينها نص المادة ٢١ من دستور الدولة الفيدرالية الروسية<sup>(٢)</sup> La Federation de Russie التي تقضى فقرتها الأولى بأن كرامة الفرد تحميها الدولة، ولا يجوز خفضها على أية صورة.

وتحظر فقرتها الثانية إخضاع أي فرد لتدابير عنيفة أو تعذيبية، أو معاملته أو مجازته بطريقة وحشية، أو محطته بالكرامة الإنسانية، أو إخضاعه -بغير رضاه- لتجربة طبية أو علمية أو غيرها.

ويبين كذلك من قراءة القانون الأساسي الألماني -٢٣ مايو ١٩٤٩- أن كافة حقوق للفرد مرجعها إلى كرامته، وذلك بما تنص عليه مادته الأولى من أن كرامة الفرد لا يجوز الإخلال بها؛ وأن على كل سلطة في الدول احترامها وحمايتها؛ وأن مفاد صونها أن يكون للناس جميعهم حقوق لا يجوز انتهاكها، ولا يرد تقادم عليها، باعتبارها أساس تكريس كل

(١) يلاحظ هنا أن المحكمة الدستورية العليا أشارت إلى العقوبة التي تفرضها الدول بتشريعاتها، حتى تستبعد من نطاقها العقوبات التي تقررها للقرآن الكريم والتي تجادل في صحتها الدول الغربية، كعقوبة قطع يد السارق.

(٢) ووفق على هذا الدستور في استفتاء تم في ١٢/١٢/١٩٩٣، ونشر في الجريدة الرسمية في ١٢/٢٥/١٩٩٣.

جماعة بشرية، ونقطة ارتكاز لتحقيق السلم والعدالة على امتداد الأقطار جميعها. وتتص الفقرة الثانية من المادة ٨ من دستور Andorra على أن للناس جميعهم حقاً في تكامل أيدانهم وقيمهم الخلقية، ولا يجوز تعذيبهم ولا عقابهم أو معاملتهم بطريقة قاسية أو مهينة أو غير إنسانية. وهو ما تقرر كذلك بالتعديل الثامن للدستور الأمريكي، وإن كان هذا الدستور قد نص على أن العقوبة أو المعاملة المحظورة، هي التي يتوافر فيها وصفان هما قسوتها وشذوذها.

٦٥٧- ويفترض دوماً في تقدير مناسبة العقوبة للجريمة التي تتعلق بها، أن تكون الأفعال التي تدخل في تكوين الجريمة، جائزاً تأكيدها، وإلا تعين الحكم بسقوط الجريمة ومعها عقوبتها.

٦٥٨- ويبدو بالتالي محل نظر، قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات<sup>(١)</sup>. ذلك أن الدعائم التي قام عليها، ومع التسليم بصحة النتيجة التي دونتها المحكمة في منطوق حكمها، تنتم باضطرابها وبهدما عن التحليل المنطقي.

فقد كان يكفي لحمل هذا المنطوق، أن تقرر المحكمة أن الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة، لا يجوز دستورياً تأكيدها. بالنظر إلى تطلقها بالنوايا الغائرة في دخائل النفس، والتي لا صلة لها بالأفعال التي يجوز مؤاخذه للشخص على ارتكابها. ذلك أن العالاق التسي توشها القوانين الجنائية، هي تلك التي تتمحض ملوكاً خارجياً يتخذ مظهراً واقعياً. وهي بذلك تعبّر عن إرادة إتيان الجريمة. ولا كذلك النوايا التي لا تبلور ملوكاً مادياً خارجياً. وإنما تقوم الجريمة بأفعال لا تخطئها العين، وليس بالنوايا التي تنطق النفس عليها؛ فلا يعرفها أو يضار بها أحد ما ظل كمنها في الصدور قائماً<sup>(٢)</sup>.

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٨ من قانون العقوبات بما يلي: يوجد اتفاق جنائي كلما اتحد شخصان أو أكثر على ارتكاب جنائية أو جنحة ما، أو على الأعمال المجوزة أو المسهولة لارتكابها. ويعتبر الاتفاق جنائياً سواء كان الغرض منه جلياً أم لا إذا كان ارتكاب الجانيات والجنح من الوسائل التي لوحظت في الوصول إليه. وتنص فقرتها الثانية على أن كل من اشترك في اتفاق جنائي سواء كان الغرض منه ارتكاب الجنائيات أو اتخاذاً وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه، يعاقب لمجرد اشتراكه بالسجن، فإذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب الجنح أو اتخاذاً وسيلة إلى الغرض المقصود منه، يعاقب المشترك فيه بالحبس. (انظر في عدم دستورية هذه المادة، حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلستها المنعقدة ٢ يونيو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ ق دستورية ص ٩٨٦ من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) دستورية عليا القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٤٥ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٦٥٩- بيد أن المحكمة الدستورية العليا لا تقيم حكمها علي هذه الدعامة وحدها، لكنها تؤسس إبطالها لنص المادة ٤٨ من قانون العقوبات، علي دعامتين أخريين أولاهما: غموض نص هذه المادة، وثانيتهما: أن العقوبة المقررة بها تنفقر إلي تناسبها مع الجريمة المنصوص عليها فيها.

والأمران كلاهما محل نظر. ذلك أن غموض النص العقابي وعدم معقولية العقوبة التي فرضها، يفترضان نطاق هذا النص بأفعال يجوز تأنيبها. ومن غير المتصور أن يكون التحضير للجريمة أو العزم عليها، محل مواخذة جنائية، إذا ظل هذا التحضير أو العزم في إطار النوايا التي تفتلج النفس بها، فلا يبصرها أحد. إذ كان ذلك، وكان التجريم المقرر بنص المادة ٤٨ المشار إليها منصرفاً إلى النوايا التي لا يجوز تأنيبها؛ فإن الخوض في غموض هذا النص، أو في أطواره علي عقوبة جاوز بها المشرع حدود الاعتدال، يكون لغواً.

بيد هذا النظر.

أولاً: ما قرره محكمة النقض من أن شرطي التنظيم والاستمرار - وهما شرطان تطلبتهما المحاكم المختلفة للحد من غلواء جريمة الاتفاق الجنائي المنصوص عليها في المادة ٤٨ ع - غير لازمين لوجود هذه الجريمة التي تتوافر أركانها بمجرد اتحاد إرادة شخصين أو أكثر علي إثبات جنابة أو جنحة، ولو لم تتعين؛ أو علي الأعمال المجيزة أو المسهلة لها، ولو لم تقع الجريمة محل الاتفاق الجنائي<sup>(١)</sup>. وقضاؤها بذلك يدل علي أن نص المادة ٤٨ ع يمتحس في بعض الصور، عقاباً علي مجرد العزم علي الجريمة أو علي الأعمال التحضيرية لها، بالمخالفة لنص المادة ٤٥ ع التي تقضي بأن الشروع في الجنابة أو الجنحة، لا يتحقق بمجرد العزم علي ارتكابها ولا بالأعمال التحضيرية لها؛ ومن ثم تتعلق جريمة الاتفاق الجنائي في بعض صورها بالمرحلة السابقة علي الشروع في الجريمة، بما يقيمها في جوهر بنيانها علي مخالفة نصوص الدستور التي لا تُلَظَن بالتجريم فيما وراء الأفعال التي يجوز أن يشكل المشرع منها مادة الجريمة.

ثالثاً: إذ كان نص المادة ٤٨ ع، يفيد أن مجرد الاتفاق بين شخصين علي إثبات الجريمة والعزم عليها أو التحضير لها، يعتبر كافياً لتكوين مادتها، ولو لم يرق هذا التحضير إلى مرحلة الشروع في ارتكابها؛ ولم يزد هذا العزم علي مجرد النوايا التي يضمنها الجناة المحتملون في أنفسهم، ولا يتخذون عملاً مادياً للتعبير عنها؛ فإن نص المادة ٤٨ المشار إليها

(١) الطعن رقم ١٩٨٨ لسنة ٣٤ قضائية - جلسة ١٠/٥/١٩٦٥ - ص ١٦ من ٤٤١ لأظفر كذلك الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٣٢ - جلسة ١٩٣٣/١/٢٣.

يكون مقيدا الحرية الشخصية في غير ضرورة، ومجاوزا الأغراض الاجتماعية التي يستهدفها التجريم.

ولا كذلك أن يكون التجريم محظورا دستوريا، إذ يخل ببنیان الجريمة ذاتها أيا كان قدر عقوبتها. ومن ثم تسقط الجريمة لامتناع تألييم الأفعال التي تكونها. ولا يكون شمة وجه لإيقاع عقوبتها بعد زوال محلها؛ ولا للخوض فيما إذا كان مقدارها غلوا مجاوزا الاعتدال أو والعكس في حدود منطقية لا تحكم فيها

ثالثا : أن جريمة الاتفاق الجنائي -في الحدود التي عينتها محكمة النقض إطارا لها- لا تجهيل فيها حتى يسوغ القول بأن الغموض يشوبها أو يحيط بها. وإنما تقوم هذه الجريمة على أركان فصلتها محكمة النقض التي تقوم من المحاكم جميعها بوظيفة تقعيد القواعد للقانونية التي نأزمها بتطبيقها.

رابعا : إذ كان ما تقدم، فقد كان يكفي للحكم بعدم دستورية نص المادة ٤٨ ع، أن تؤسس المحكمة الدستورية العليا قضاءها في ذلك على دعامة وحيدة قوامها، أن الأفعال التي تكون مادة هذه الجريمة -في كثير من صور تطبيقها- لا يجوز تألييمها. فذلك وحده هو المدخل المنطقي للحكم بعدم دستورتها. وغير ذلك ليس إلا تزيدا، وغلطا بين مفاهيم دستورية لكل منها مجال لتطبيقها مقصور عليها<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في الأسباب التي قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات، حكمها الصادر في ٢ يونيو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية "دستورية".

### المبحث السابع

#### مفهوم الجزاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٦٦٠- تقرر المحكمة الدستورية العليا في ذلك ما يأتي:

١. أن النصوص القانونية وحدها -بعموميتها وانتفاء صفتها الشخصية- هي أداة للتجريم وأنه كان للسلطة التشريعية أن تحدد لشروط التجريم إطارها العام على أن تتولى السلطة التنفيذية تفصيل بعض جوانبها، فليس ذلك مؤداه أن تكون سلطتها في ذلك مجالاً محجوزاً لها، إذ بظل دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ومحدداً على ضوء قوانينها، فلا تتسواه بمبادرة منها ليس لها سند من قانون قائم<sup>(١)</sup>.

٢. إن الجزاء الجنائي لا يفترض، ولا عقوبة بغير نص يفرضها. وكلما استنقذ الجزاء على قواعد يكون بها ملائماً ومبرراً فإن فرض المحكمة لخياراتها، لتحل محل تقدير المشرع لنوع الجزاء أو مداه، يكون مخالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

٣. ينبغي أن يحول الجزاء الجنائي دون الولوغ في الإجراء؛ وأن يستلهم كذلك أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها؛ وأن يكون عقابهم عنها، كافلاً تأهيلهم لحياة أفضل حتى تنتهي للقواعد التي تدور الدائرة الجنائية على ضوئها، ما يراد لها من الفعلية، وما تتوخاه من تحقيق التوازن بين حقوق المتهم وسلطة الاتهام. وهذه العوامل جميعها هي التي ينبغي أن يحيط بها الجزاء الجنائي، وأن يصاغ على هديها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره<sup>(٣)</sup> (Single - valued approach).

٤. لا يدخل إزاء المتهم أو التحرش به في إطار السياسة الجنائية القوية، التي تناهض الإخلال بالخطر كل إخلال غير مفهوم بالحرية الشخصية<sup>(٤)</sup>.

٥. ليس شرطاً لأعمال مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، أن يكون الجزاء الجنائي محدداً تحديداً مباشراً، بل يكفي أن يتضمن للنص العقابي تلك العناصر التي يكون معها الجزاء الجنائي قابلاً للتحديد، ومعيناً بالتالي بما لا إفضاء فيه إلى التجكم<sup>(٥)</sup>.

(١) (١) (٢) (٣) (٤) تراجع القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - للقاعدة رقم ٤٧- ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. وذات المبادئ مرددة في القضية رقم ٢ لسنة ٢٠ قضائية دستورية - جلسة ٢٠٠٠/٨/٥ - قاعدة رقم ٨١- ص ٦٨٨ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) تراجع القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - للقاعدة رقم ٤٧- ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

٦. لا يكون الجزاء الجنائي مخالفاً للدستور، إلا إذا اختلف التعادل بصورة ظاهرة بين مدهاء وطبيعة الجريمة التي تتعلق بها. ذلك أن هذا الجزاء يعتبر عقاباً واقعاً بالضرورة في إطار اجتماعي، منطقياً غالباً من خلال قوة الردع على تقييد الحرية للشخصية؛ قلتماً على قيم ومصالح اجتماعية يبرره.

ويتعين بالتالي أن يكون جزاء الجريمة متدرجاً بقدر خطورتها ووطئتها حتى لا يتمحض إعلاناً. ومن ثم لا يعتبر الجزاء موافقاً للدستور إلا إذا استلهم ضرورة اجتماعية، لا تتناقض الأحكام التي تضمنها<sup>(١)</sup>.

فإذا ارتبط عقلاً بأوضاع قدر المشرع ضرورة النزول عليها، وكان ناجماً عن الإخلال بها، كان موافقاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

٧. لا يعتبر الجزاء جنائياً في غير دائرة الأفعال أو صور الامتناع التي جرمها المشرع من خلال عقوبة قرنها بإتيانها، أو بتركها<sup>(٣)</sup>.

٨. تبلور العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن جريمة بذاتها حدد أركانها، مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، والتي لا يندرج تحتها حرص الجماعة على إرواء عطشها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم نكالاً، وإن أمكن القول إجمالاً بأن ما يعتبر جزاء جنائياً، لا يجوز أن يقل في مدهاء عما يكون لازماً لحمل الفرد على أن ينتهج طريقاً سويّاً لا تكون الجريمة من منافذه، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها.

وسواء أسهم هذا الجزاء في تقويم من أصابهم؛ كان كافلاً ردع غيرهم؛ أو باعد بين الجناة والجماعة التي صاروا من أفرادها؛ أو كان كل ذلك جميعاً؛ فإن كثيرين من الفقهاء يفرقون بين نوعين من الردع:

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٢٨ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) و(٣) دستورية عليا للقضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية دستورية - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٠ - ص ١٣٢١ من الجزء ٨ من مجموعة أحكامها.

أحدهما: ردع عام: ويتمثل في العقوبة التي يتكرج بها المشرع على ضئوء خطورة الأفعال التي أئها، لئحل من خلال وطأة العقوبة وعينها، جناة محتئلين على الإعراض عن الجريمة وائتباذاها.

وثانئهما: ردع خاص: يتحقق في شأن جريمة نمئتها ملطة الاتهام بعد ارتكابها إلى شخص معين؛ لتحدد المحكمة نطاق مسئولئته عليها، ولتقدر عقوبتها تفرئداً لها عند الحكم بها، ضمائنا لتتسببها مع الجريمة التي قارفها، وكرد فعل لها.

ومن ثم لا يتعلق هذا النوع من الردع بائتمال تحقق خطورة إجرامية، وإنما بأفعال تم ارتكابها وتقوم بها خطورة فعلية.

ولا تعدو هذه الصئورة من صور الردع أن تكون تعبيراً عن مفهوم للجزاء من منظور اجتماعي - باعتبارها عقابا منصفافا قدره القاضئ في شأن جريمة بذلتها عرض عليه أمرها، فلا يحدد عقوبتها جزافافا، وإنما من خلال علاقة منطقفة تربطها مباشرة بمن ارتكبها، لتقابل حدود مسئولئته جنائيا عنها، ويقررهما، بما يؤكد معقولئتها<sup>(١)</sup>.

٩. تفرئد القاضئ للعقوبة لتتصل بجوهر الوظئفة القضائية، ويتعلق بعوامل موضوعفة مردها إلى الجماعة في ذاتها، وبعناصر شخصية تعود إلى مرتكبها. ولا يجوز بالتالئ أن يقئد المشرع من نطاق هذه الوظئفة عن طريق للتدخل في مكوناتها، وإلا كان ذلك تحرفافا لها<sup>(٢)</sup>.

١٠. مناط شرعية الجزاء - جنائيا كان أم مدنيا أم تأديبافا - أن يكون متئاسبافا مع الأفعال التي أئمها المشرع، أو حظرها، أو قئد مباشرتها. ذلك أن الأصل في العقوبة هو معقولئتها، فلا يكون للتدخل بها إلا بقدر لزومها؛ نلأيا بها عن أن تكون إيلاما غير مبرر، يؤكد قسئوتها في غير ضرورة. ولا يجوز بالتالئ أن تتلصص بمداهافا، أو بطرائق تنفئذها، القئم التي ارتضتها الأمم المتحضرة، مؤكدة بها ارتقاء حمها، تعبيرافا عن نضجها على طريق تقئمها، واستواء فهمها لمعايير الحق والعدل التي لا يصلح تطبئقها ما يراه أوساط الناس تقئما خلقافا وإعفافا لمختلف الظروف ذات الصلة بالجريمة<sup>(٣)</sup>.

(١) (٧) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائفة دستورية - جلسة ٦ يولئو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢ - ص ٦٣ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائفة دستورية - جلسة ٤ يئلئو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٥٢ من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١١. كلما كان الجزاء الجنائي يغيضاً أو عاتياً، أو كان متصلاً بأفعال لا يجوز تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسبا مع الجريمة، كان هذا الجزاء غير مبرر. ذلك أن السلطة التي يملكها المشرع في مجال التجريم، حدها قواعد الدستور. فلا يؤثم أفعالا في غير ضرورة اجتماعية، ولا يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة<sup>(١)</sup>.

١٢. لا يجوز إعمال نصوص عقابية يسي تطبيقها إلى مركزه المتهم؛ ولا تصير هذه النصوص بما يخرجها عن معناها أو يهدر مقاصدها؛ ولا مد تطلق التجريم -بطريق القياس- إلى أفعال لم يؤثمها المشرع -بل يتعين دوماً- وكلما كان مضمونها يحتمل أكثر من تفسير- أن يرجح القاضي من سببها ما يكون أكثر ضماناً للحرية الشخصية في إطار علاقة منطقية بين النصوص الجنائية وإرادة المشرع، سواء في ذلك تلك التي أعلنها أو التي يمكن افتراضها عقلاً<sup>(٢)</sup>.

١٣. لا ينفصل تأثير المشرع لأفعال بذواتها، عن عقوباتها التي يتعين أن يرتبط فرضها بمشروعيتها، وبضرورتها، وبامتناع رجوعها كلما كان مضمونها أكثر قسوة، ودون ما إخلال بحقوق الدفاع.

وتتعلق هذه الضوابط جميعها بكل جزاء يتمحض عقاباً، ولو عهد المشرع بالنطق به إلى جهة غير قضائية<sup>(٣)</sup>.

١٤. تكون العقوبة أرفق بالمتهم، إذا كانت في محتواها Le contenue أو أوصافها Les modalites أو مبلغها Le quantum des peines أقل شدة من غيرها، وأهون أثراً بالنسبة إليه. ويتقاضى اختيار العقوبة الأرفق لتوقيعها على المتهم، أن نقارن القوانين الجزائية التي تتراحم على محل واحد ببعض؛ وأن نتحقق من اتفاقها جميعاً مع الدستور؛ ونقاوتها في عقوباتها فيما بينها. فإذا استقام في الفهم أن القانون اللاحق أهون في العقوبة التي فرضها من القانون القديم، نعين أن يخلى هذا القانون مكانه للقانون الجديد؛ وأن يطبق هذا القانون منذ

(١) ص ٢٥٢ - الحكم السابق. وراجع كذلك في هذا المعنى الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٩٩٧/٩/١٥ -قاعدة رقم ٥٧- ص ٨٥٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) (٣) "مستورية عليا" -قضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية"- جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٧- جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

صدوره باعتباره أعون على صون الحرية الشخصية. ذلك أن ضمان هذه الحرية لا يناقض حقوق الجماعة وضرورة التحوط لنظامها العام، إذ هما مصلحتان متوازيتان.

وما إنفاذ القانون الأصلح منذ صدوره غير تأكيد للقيم التي أتى بها، والتي نقض بها القيم التي احترامها القانون القديم. وكلاهما تعبير عن الضرورة الاجتماعية التي استلهمها في زمن معين. لا فارق بينهما إلا في جزئية واحدة، هي أن القانون الجديد صار أكفـل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم، وأصون لحرياتهم. ذلك أن الحرية الشخصية وأن كان يهددها القانون الجنائي الأسوأ، إلا أن القانون الأرفق بالمتهم يحميها، سواء صدر هذا القانون منسجها تجريم أفعال أُلهمها قانون سابق، أم كان معدلاً من تكييفها، أو مغيراً من بديان بعض العناصر التي تقوم عليها، بما يحور عقوبتها أو يخففها<sup>(١)</sup>.

١٥. مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، ضمان ضد التحكم، فلا يؤثم القاضي أفعالا ينتقها؛ ولا يقرر عقوباتها وفق اختياره؛ ولا يبتدعها ولو كان الحق والعدل في جانبها؛ ولا يقيم أفعالا مباحة علي أفعال جرمها المشرع. وصار التأكيد بالتالي -والعقوبة هي التي تفضي إليه- عملاً يختص به المشرع، وبمراعاة أن صريان القوانين الجنائية لا يكون إلا مباشراً لا رجعيًا.

ذلك أن القيم التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها، لا تبلورها غير السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم. فلا تعبر عن إرادتهم إلا من خلال سلطة التقدير والتقرير التي تحدد على ضوءها الأعمال التي يجوز تكليفها وعقوباتها لضمان مشروعيتها.

١٦. ضمان المشرع للحرية الشخصية، لا يفيد بالضرورة عل يده عن التدخل لتنظيمها. ذلك أن صونها يفترض إمكان مباشرتها دون قيود جائزة تطلها أو تحد منها؛ وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من ذلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة وتسوغها ضوابط حركتها<sup>(٢)</sup>.

١٧. يكون الجزء مطلوباً إذا جاوز الجاني الحدود التي يجوز التسامح فيها. ويتصاعد الجزء كذلك علواً على ضوء درجة خطورة الأعمال التي جرمها المشرع ودرجة جسامتها In ascending order of severity. ويتعين أن يتحدد مداه دوماً بقدر وطأة الجريمة وجسامتها،

(١) ص ٤١٨ و ٤١٩ من الحكم السابق.

(٢) القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جملة ١٩٩٧/٣/٢٢ قاضدة رقم ٣٢ - ص ٥٠٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

فلا يكون هنا في جريمة خطيرة، ولا غليظاً فيما دونها. وكلما فرض المشرع عين الجزاء على أفعال غشبية للتفرق فيما بينها، سواء في مضمونها أو عواقبها؛ كان مجاوزاً بمدها حقائق هذه الأفعال ومكوناتها، منتهياً إلى تساويها فيما بينها. فلا يزن المشرع -بالقسط- لكل فعل منها جزءاً ملائماً، ولا يعطي كل جريمة ثوباً يلئم وبيناتها، وإنما يقيس لكل الأفعال خطراً على أكثرها جسيماً<sup>(١)</sup>.

١٨. يصل الجزاء الجنائي المعقد للحرية -على منتهاه- إلى الإيداع في المسجون التي صمم بنواها كملكان لا تتوخى غير حفظ المذنبين بها وكأنهم أشياء لا قيمة لها. فلا تكون لهم حتى الحقوق التي تتطلبها ضرورتهم في الحياة أو احتياجاتهم الإنسانية حتى في حدها الأدنى. ذلك أن القلقين على المسجون لا يعملون من أجل إعادة تأهيلهم إلا في نطاق محدود. وهو ما يؤكد علم الإحصاء من استقصاء أعداد العائنين من المجرمين Recedivists -لا إلى الجريمة ذاتها- بل إلى جريمة ألدح لثراً. ويزيد من خطورة الأمر، أن كثيراً من الجرائم لا يتم الإبلاغ عنها. وحتى بعد تبليغها إلى المسؤولين عن مكافحة الجريمة وتعبئها، فإن جنايتها أحياناً يظلون مجهولين؛ ولا تمتد إليهم يد العدالة. ولكنها قد تحيط بأخرين يرون أن سوء حظهم، وليس سوء سلوكهم، هو ما أوقعهم في قبضتها.

١٩. كذلك يسخط بعض الجناة يسخطون على مجتمعهم، ويشاربون بالجريمة التي يرتكبونها، من تنكس أوضاعهم فيه، سواء بالنظر إلى بطلانهم، أو إلى انتمائهم إلى أقلية مضطهدة؛ أو إلى معاملتهم على وجه يحط من كرامتهم. بل إن نظم العدالة الجنائية في بلد ما، كثيراً ما تريد من احتقار الجناة المحتملين Potential offenders للقيم الاجتماعية المائدة فيها؛ وعلى الأخص لأنهم لا يستطيعون غالباً للحصول على محامين مفكرين مما يدفعهم إلى الإقرار بتنبؤهم، قبل أية محكمة فعلية. وحتى في الأحوال التي توفر الدولة لهم فيها محامين تدبهم للدفاع عنهم؛ فإن هؤلاء لا يهتمون كثيراً بتحقيق العدالة والعمل من أجل إرسائها. ولكنهم ينصرفون إلى شئون أخرى تعنيهم بدرجة أكبر، ما لم يكن للقضية التي يندبسون لها وقعها الخاص عند الجماهير، فلا تكون خلفيتها إلا مدخلاً لشهرتهم.

فضلاً عن أن الجناة السابقين Ex-convicts يعملون كمنذنبين حتى بعد الإقراج عنهم، ولو بذلوا جهداً عريضاً وصادقاً، لتوفيق أوضاعهم مع الجماعة، والتغيد بنظمها وقيمها. كذلك يحشر الصغار الذين يرتكبون الجريمة للمرة الأولى، إلى جوار الأشقياء الذين أوغلسوا في

(١) "مستورية عليا" للقضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ٦ يوليو ١٩٩٨، قاعدة رقم ١٠٤ -

ص. ١٣٦٥. وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا .

الجريمة، وألقوها كنمط لحياتهم. وقد يعهد للقائمون على إدارة السجون -وبالنظر إلى قلتهم- بضبط نظامها، وعلى الأقل في بعض جوانبها- إلى أكثر السجناء غلظة، وأبغضهم إلى رفائعه. فلا يكون فرض الأمن داخلها إلا من خلال التصحية بحكم القانون وبالحدالة، ليخرج المودعون في هذه السجون منها، أشد إجرماً وأكثر تمرداً على مجتمعهم.

وفي إطار هذه الأوضاع المقيتة، صار ينظر إلى مسوؤة العقوبة، ليس فقط على ضسوء مبلغها عند الحكم بها، وإنما كذلك على ضوء كيفية تنفيذها التي كثيراً ما تزيد من أمراض العقوبة، وتحيلها عبثاً فلاحاً على من أصابتهم بقودها.

### المبحث الثامن

#### القوانين الجنائية وشرط الوسائل القانونية السليمة

٦٦١- لا يفترض في النظم الجنائية أنها نظم خيالية تبلور فيما نظريسة هائسة فعى الفراغ. وإنما هى نظم واقعية تتطور مفاهيمها فى إطار الحرية المنظمة التى لا يجوز إهمال متطلباتها حتى فى أسوأ الجرائم وأفحشها The most heinous crimes.

ذلك أن هذه النظم تحدد من خلال إجراءاتها وقواعدا الموضوعية- نطاق الحقوق التى تكفلها للمخاطبين بها، والتى توازن بها بين حق الجماعة فى ضمان مصالحها الجوهرية، وحقوق الجناة المحتملين أو المتهمين التى لا يجوز للنزول عنها أو التفريط فيها، والتى يتقيد بها الحق فى القصاص من العابثين بالنظم الجنائية، بما يكفل تحقيق الأغراض التى تستهدفها، وبما لا يخل بأبلة قاعدة قانونية يكون إتصالها مقتضيا تطبيقيها، ولو لم ترد هذه القاعدة فى وثائق إعلان الحقوق.

ومن بين هذه القواعد، أن سرعان النظم الجنائية فى شأن المخاطبين بها، يفترض فهمهم لحقيقتها، فإذا شابها غموض جهل بأحكامها سر على الأخص فيما يتعلق ببنيان الجرائم التى أحدثتها- فلنقض تطبيقها شرط الوسائل القانونية السليمة التى لا يجوز النظر إليها بوصفها وسائل جامدة مفاهيمها، ذلك أن هذا الوسائل متطورة بطبيعتها، متجددة روافدها، لأنها تبلور فى مجموعها ما تراه الجماعة حقاً وإنصافاً على ضوء قيمها فى لحظة زمنية بذاتها، ولأن المصلحة التحكمية التى تفرض نفسها على رعاياها بما يضر بهم، تتلخص بتصرفاتها حكم للنسور والقانون.

ولا شبهة فى أن الحق فى الحياة أو الحرية وكذلك حقوق الملكية، تمثل أهم القيم التى تسمها القوانين الجنائية. وجميعها مصالح يحميها النسور ولا يجوز أن يخل بها اتهام جنائي ما لم يقرن الفصل فيه بالوسائل القانونية السليمة التى تفترض تحقيق دفاع المتهمين وسماع أقوالهم قبل إدانتهم بالجريمة<sup>(١)</sup>، ولا يجوز بوجه خاص حرمان شخص من مزايا كان يحصل من الدولة، لمجرد تعبيره عن آراء يؤمن بها. إذ يعتبر هذا الحرمان عقاباً على مباشرته لحرية التعبير وللحق فى الاجتماع بالمخالفة للنسور<sup>(٢)</sup> ويتعين بالتالى قبل الحرمان من هذه المزايا أن يتوافر لصاحبها فرص للدفاع التى يقتضيها شرط الوسائل القانونية السليمة<sup>(٣)</sup>.

(١) Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564 (1972).

(٢) Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593 (1972).

(٣) Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970).

Pre-Termination evidentiary hearing شأن الحرمان من هذه المزايا، شأن الحق في الحياة وفي الحرية وفي الملكية إذا تهددها اتهام جنائي. ذلك أن هذا الاتهام يؤول إلى زوال هذه الحقوق كلها أو بعضها إذا ظل قائماً بغير دفاع يقط. ومن ثم يكون حق المتهم في نفي الاتهام ومواجهة الشهود الذين تقدمهم للنيابة لإثباته وتقيد أقوالهم، واقفاً في إطار الوسائل القانونية السلمية، بما في ذلك دفاع المتهم ببطلان القيص والتفتيش، ومباشرة أوجه الدفاع المختلفة عن طريق محام مأجور من اختياره Due Process requires an opportunity to confront and cross-examine adverse witnesses.

ولا يجوز القول بأن حضور المحامي المأجور مع المتهم، يطيل أمد الدفاع أو يعقده. ذلك أن المحامي هو الأخصر على تحديد النقاط المتنازع عليها، وترتيبها في صورة منطقية، ومواجهتها قانوناً، وحماية مصالح المتهم بالتالي في نفي التهمة بكل أجزائها، وعلى الأخص عن طريق إسقاط الأدلة التي لا يجوز قبولها قانوناً، أو التي أخفها النيابة لتظهرها في اللحظة الأخيرة التي لا يكون المتهم قد تهيأ قبلها للرد عليها. ويتعين دوماً أن يدار هذا الدفاع على نحو يؤمن جديته، وأن يتم في إطار قواعد إجرائية منصفة لها مصداقيتها (1). Fairness and Reliability.

كذلك لا يجوز في أية حال أن تكون التكلفة المالية التي يقتضيها تحقيق دفاع المتهم، حائلاً دون إعمال شرط الوسائل القانونية السلمية، ولا عاملاً مرجحاً يعوق تطبيق هذا الشرط. وينبغي أن يلاحظ كذلك أن دفع المتهم للتهمة، يفترض إخطاره بها، وأن يكون الدفاع ملائماً على ضوء طبيعة التهمة ودرجة تعقدها.

(1) Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976).

### المبحث التاسع

#### تكمال القانون الجنائي في جوانبه الموضوعية والإجرائية

٦٦٢- للقانون الجنائي الموضوعي والإجرائي، متكاملان في أثرهما على الحق في الحياة وفي الحرية والملكية. ذلك أن أولهما يولجها بالجزاء، وثانيهما بكيفية توقيعه. وإذا قيل بأن أولهما أكثر خطراً على الحرية الشخصية لأنه يقيداً بتقييداً مباشراً، إلا أن فرض عقوبة أو توقيعهما في غير حدود القانون، لا يقل سوءاً عن الفصل في الاتهام الجنائي بغير دفاع، أو بصورة مختصرة، أو خلال مدة مسببة في طولها، أو في إطار محكمة لا تتوافر لها ضمانات الحيدة والاستقلال التي تعطي أحكامها دليل مصدقيتها، وتكفل قبول الجماهير لها.

وتظل للتقيد التي يفرضها القانون الجنائي الموضوعي خطراً وأهميتها من النواحي

الآتي بيانها:

أولاً: أن من بينها ما يتصل مباشرة بالشرعية الجنائية كتنطق القانون الجنائي بأفعال بنواتها نص عليها وحصرها، حتى لا تخطط دائرة التجريم بدائرة الإباحة، وهي الأصل؛ وكسريان القانون الجنائي على الأعمال التي تقع بعد تاريخ العمل به، حتى لا يكون هذا القانون رجعيًا في أثره، وكحظر فرض عقوبة بغير حكم قضائي Bills of Attainder، أو فرض عقوبة لا أصل لها في القانون، أو تقرير عقوبة فيما وراء حدود القانون.

ثانياً: قيود تتصل بضرورة ضمان حقوق المواطنين وحياتهم التي كفلها الدستور، فلا يخل بها المشرع، كأن يفرض عقوبة على مباشرة الفرد لحرية التعبير أو للحق في الاجتماع أو لحرية العقيدة أو لبحوث علمية أجراها، أو لعمل من أصال الإبداع قسام به، أو لزواج مختلط دخل فيه Interracial marriage، أو للحق في تكوين أسرة، وحماية أفرادها ورعايتهم، أو للحصول على كل معلومة نافعة، أو للاستمتاع بوجه عام بكافة المزايا التي تتولد عن سعي الإنسان الحر لبلوغ السعادة التي يرتجياها في إطار الحرية المنظمة. ولا يجوز أن يتخذ المشرع بالتالي -وفي إطار سلطته في فرض الجزاء الجنائي- من العقوبة ستراتيجية به مباشرة حقاً أو حرية كفلها الدستور<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن شرط الوسائل القانونية السليمة لا ينحصر في القواعد الإجرائية التي تكفل محاكمة المتهم بطريقة منصفة A guarantee of procedural fairness، وإنما لهذا الشرط مفهوم موضوعي كذلك. ذلك أن تطبيق المفهوم الإجرائي لهذا الشرط، يقصر عن مواجهة الأحوال

(١) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905); Zucht v. King, 260 U.S. 174 (1922); Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927); Minnesota v. Probate Court ex rel Pearson, 309 U.S. 270 (1940)

التي تتال فيها القوانين الجنائية بطريقة تحكيمية Arbitrary line-drawing من الحق في الحياة أو في الحرية أو في الملكية، ليا كان قدر إنصافها في تطبيقها إجرائيا على المواطنين. ولا يجوز بالتالي وفق المفهوم الموضوعي لشرط الوسائل القانونية السليمة، أن تفرض القوانين الجنائية في غير ضرورة؛ ولا أن يتم تطبيقها بصورة انتقائية تخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة فيما بين المواطنين، ولا أن يشوبها غموض يجهل بمضمونها، فلا تتضمن إخطاراً كافياً بالأفعال التي نهتهم عنها<sup>(١)</sup>.

٦٦٣- تلك محاور ثلاثة للقيود التي يفرضها الدستور على القانون الجنائي الموضوعي بالنظر إلى خطورة الآثار التي يربتها في علاقته بالمخاطبين به.

ذلك أن العقوبة التي تفرضها القوانين الجنائية الموضوعية -وبالنظر إلى طبيعتها- تتال أصلاً من حرية الفرد أو من ملكيته، وقد تجرده من الحق في الحياة. يؤيد هذا للنظر أن العقوبة تاريخياً كانت أداة اضطهاد وقهر، تسلط بها الطغاة لتحقيق مصالحهم التي لا شأن لها بالأغراض الاجتماعية للقوانين الجنائية؛ ولا بصون حقوق الأفراد وحياتهم التي كفلها الدستور؛ ولا بضرورة الفصل بين حقوق الطغاة ومصالح مواطنهم التي خلتها الطغاة بحقوقهم أو أملاكهم.

بيد أن إيمان الأمم بالمتحضرة بالحق في الحياة، وبضرورة ضمان الحرية بما لا يرهقها في غير مبرر، وبما لا يخل بحقوق المواطنين وحياتهم الأساسية، حملها على ضبط القوانين الجنائية في إطار نظم مدنية- بما لا يحور أهدافها أو يشوهها.

وكان طريقها إلى ذلك إبدال القوانين الجنائية التي تجهل بالأفعال التي تؤثمها، بقوانين تتوافر فيها خاصية اليقين بما يزيل الغموض فيها. وذلك بأن تصاغ بلغة صارمة قاطعة معانيها، حتى توفر للمخاطبين بها، إخطاراً كافياً بمضمون الأفعال التي حظرتها.

ولم تعد الجريمة تحكماً نزوة المشرع، لا في بيانه مضمون الأفعال التي تكونها، ولا في تحديده لنوع أو لعدد عقوبتها.

وقد كان التطور في هذا الاتجاه بطيئاً في أول الأمر، إلا أن تصاعده بصورة مطردة، دل على حيويته وضرورته، وعلى أن الصراع من أجل الحرية وضمان حقائق العدل، مديد ومرير في آن واحد، وأن خطأ يتعين أن يرسم ليفصل بصورة حادة بين الأفعال التي يجوز تأنيبها في إطار الضرورة الاجتماعية، وتلك التي يتمحض تجريمها عن إساءة استعمال السلطة.

(١) Bolling v. Sharpe, 347 U.S.497 (1954).

وإجراء هذا التقسيم وإن كان ضرورة لا نزاع فيها ولا يحتاج فهمه إلى بيان؛ إلا أن الطريق إلى التمييز بين أفعال يجوز فرض عقوبة على إتيانها، وأفعال أخرى لا يجوز أن يشملها هذا الجزء، من الصعوبة بمكان، إذ يقوم على الموازنة بين مصلحتين قد تتعارضان.

أولهما: حقوق الفرد قبل الجماعة، وثانيتهما: مصلحة الجماعة في مواجهة مواطنيها. ولئن كان تحقيق هذا التوازن بين هذين النوعين من المصالح، وتحديد العوامل التي تؤثر فيه، من المسائل الإجرائية، إلا أن أثره على حرية الفرد يتصل بجوهر الحقوق التي يملكها. وهو ما حدا ببعض التسليم إلى النص على ألا يحرم أحد من الحق في الحياة، ولا من حريته أو ملكيته بما يخل بشرط الحماية القانونية المكافئة، أو ينال من الوسائل القانونية السلمية التي تعتبر في كل حال وعاء نظام للحقوق يبلور جوهر العدالة، ويستتبع القواعد الخلقية التي فرضتها تقاليد الجماعة وقيمها، الفاعلة -حقاً وصدقاً- في أعماقها، إلى حد اعتبارها من القواعد الرئيسية التي تكل على تحضرها وارتقاء صحتها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن الحرية التي يحويها الدستور، هي الحرية من كافة القيود المفرطة في التحكم، والتي لا ترتجى فائدة منها Substantial arbitrary impositions and purposeless restraints.

٦٦٤- وإذا كان ما نطمح هو الشأن في القانون الجنائي الموضوعي، فإن القانون الجنائي الاجرائي كثيراً ما يكون شديد الخطر بالنسبة إلى مصير المتهم، وعلى الأخص من جهة القواعد الإجرائية التي تتصل بأدلة الجريمة التي يجوز قبولها قانوناً، والآلية التي يتم على ضوئها إدارة الدلالة الجنائية، والتي تؤثر درجة التكامل في إجراءاتها في مسادة الخصومة الجنائية أو موضوعها. وليس مقبولا بالتالي أن يدان منهم بناء على واقعة لم تناقشها محكمة الموضوع أو لم تطرح عليها. ذلك أن الوصول إلى الحقيقة العارية أو المطلقة ليس مطلوباً، وإنما هي الحقيقة في جوانبها التي يجوز عرضها اجرائياً على المحكمة، والتي يكونها يستحيل أن نطمئن إلى أية نتيجة موثوق منها<sup>(٢)</sup>.

The object of the search in a criminal trial, as it appears to day, is not for naked truth, but for that portion of the truth which the rules permit to be presented.

(١) Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1928); Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 12 (1972); Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961); Skinner v. Oklahoma, ex rel. Williamson, 316, U.S. 535 (1942); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

(٢) Bassiouni, Criminal law and its Processes (The law of public order, 1974, pp.313-320.

## الفصل الثاني

### قواعد الشريعة الجنائية

#### المبحث الأول

##### لا جريمة بغير قانون

##### No Crime without law Nullum Crimen Sine Lege

٦٦٥- ليس للتجريم عملية لا ضابط لها، ذلك أن الأفراد في سلوكهم يأتون كافة الأعمال التي يرونها كاطلة لمصالحهم، بغض النظر عن الآثار التي ترتبها. غير أن وجود الأفراد في إطار تنظيم اجتماعي يضمهم، يفترض صونهم لحقوق الآخرين بما لا يرهقها أو يعطلها. وكان على المشرع أن يتدخل ليحدد خطأ واضحا بين الأعمال التي يؤذن لهم بالتقيام بها، وتلك التي ينهاهم عنها<sup>(١)</sup>. وقد يفرض القانون المدني جزاء علي بعض الأعمال المخالفة لأحكامه، كتحريض بطلان بعض العقود بطلانا مطلقا أو نسبيا.

ويقترن الجزاء الجنائي بإتيان المخاطبين بالقوانين الجنائية لأفعال أثمها المشرع، ولكن الجناة قارلوهما، فحق عليهم جزاؤهما. ويتعين بالتالي أن يكون هذا الجزاء -وهو جزء من الجريمة التي أنشأها المشرع، فلا توجد بدونه- قائما علي ضرورة اجتماعية تبرره، يبلورها أصلا قانون بمحتي الكلمة يصدر عن السلطة التشريعية.

بيد أن الدستور -خروجا علي هذا الأصل- قد يجيز التجريم -لا بقانون- وإنما في حدود القانون. ولا يعتبر هذا التفويض من قبيل اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين المشار إليها في المادة ١٤٤ من الدستور؛ ولا هو صورة من صور التفويض العام بتقيد بشروطه المنصوص عليها في المادة ١٠٨ من الدستور؛ وإنما هو تفويض خاص يتعلق بأحوال بنواتها تعينها السلطة التشريعية التي تنزل للسلطة التنفيذية عن بعض مظاهر اختصاصها في مجال التجريم، لتتولاها بنفسها في الحدود التي يبينها السلطة التشريعية. وهو ما تنص عليه المادة ٦٦ من الدستور التي تقضى بالآ جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون<sup>(٢)</sup>.

(١) لا يدخل للراط في إطار الحق في إنشاء علاقة حميمة. بل هو ليس بحق أصلا.

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

كذلك ليس حق المرأة في إجهاض نفسها من الحقوق المطلقة الناشئة عن خصوصية تصرفاتها في جدها

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

(٢) United States v. Eaton, 144 U.S. 677 (1892) "Only acts which the legislature has forbidden, with penalties for disobedience of command, are crimes".

وحتى لو أثم الدستور بعض الأفعال كجرائم الخيانة، وجرائم التفرصين في أعالي البحار، والجرائم ضد قانون الأمم، والجرائم ضد العملة، وطي الأخص ما تعلق بتزييفها، إلا أن السلطة التشريعية حرية خلق الجرائم وتقدير عقوباتها، بقدر ما يكون ذلك ملائماً لتحقيق غرض عام<sup>(١)</sup>. ومن ذلك تجريم التآمر ضد مواطن لحرمته من مباشرة حق، أو الانتفاع بامتياز يكفله الدستور أو القانون، وتجريم محاولة للتخلص من دين الضريبة.

بيد أن الصعوبة الحقيقية، هي في اتجاه بعض المحاكم إلى فرطية النصوص القانونية من خلال تطبيقها على أحوال لا تشملها هذه النصوص وقياسها عليها. حال أن الأفعال جميعها لا ينظر إليها إلا بافتراض بقائها على أصل لياحتها. فلا تخرج من هذا الأصل إلا بنص صريح. فإن لم يصدر، فإنها تنظر في نطاق الحل لها كان قدر إخلالها بالنظام العام أو فوضويتها أو إساعتها إلى التقاليد السائدة. ولا يجوز بالتالي وصفها بأنها جرائم من نوع خاص. ذلك أن الجريمة لا يحدثها إلا نص قانوني، فلا يجوز افتراض وجودها، ولا خلقها من خلال التفسير القضائي، ولا تعيين أركانها بما يجهل بها. وصار أصلاً في القانون الجنائي إلا جريمة بغير قانون أو في حدوده

ويتصل بهذا الأصل ألا عقاب بغير جريمة، ولا جريمة بغير عقوبة، ولا رجعية للقوانين الجنائية، ولا عقوبة بغير حكم قضائي.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم

## لولا

لا عقاب بغير جريمة

No punishment without law

Nulla Poena Sine Lege

٦٦٦- لا تنفصل العقوبة عن الجريمة، ذلك أن الجريمة لا توجد إلا في إطار عملية قانونية يرتبط بها تقدير الجزاء على ارتكابها.

وكما أن الجريمة لا ينشئها إلا قانون أو في حدوده، كذلك تتحدد عقوبتها بالطريقة ذاتها. وما بذلك كل لا يتجزأ. فالتجريم يفترض إخراج أفعال بذواتها من دائرة الحل. ولكن مجرد إخراجها من هذه الدائرة، لا يكفي لإحالتها بالمفاهيم المعاصرة للجريمة. وإنما تدخلها العقوبة -بما يتوافر لها من خاصية الردع- في زمرة الأفعال التي أُلهمها المشرع جنائياً.

(١) United States v.Fox, 95 U.S. 670 (1978); United States v.Hall, 98 U.S. 343 (1879).

وهذه العقوبة هي التي يمثلها الجناة المحتملون ويدركونها فيما يقومون عليه من الأفعال التي نهام المشرع عنها. ويقدرّون بالتالي على ضوئها مخاطر إتيان الجريمة، ومزايا التخلي عنها. ولا يتصور في النظم القانونية جميعها، أن تفرض عقوبة ثقيلة على أفعال يراد زجسرها للمواطنين عن ارتكابها؛ ولا أن يكون تطبيق العقوبة الملائمة سواء في نوعها أو مقدارها- تنكحاً بمن تمسهم؛ ولا أن تفرض عقوبة مرأ، فلا يعرفها غير من يصيبهم أذاها.

### ثانياً

#### لا جريمة بغير عقوبة

No Crime without punishment

Nullum Crimen Sine Poena

٦٦٧- هذه القاعدة هي الوجه الآخر لمساقتها، ومما بالتالي معنيان متقابلان لا متصلمان. ولا يتصور بالتالي أن توجد قوانين جنائية بغير عقوباتها، وإلا اختلط أمرها بغيرها من القوانين. فلا تكون لها ذاتيتها. ويفترض ما تقدم، ألا يكون جزاء الجريمة، من طبيعة مدنية، وإلا صار القانون الصادر به مجرداً من خصائص القوانين الجنائية، فلا يلحق بها أو يأخذ حكمها.

### ثالثاً

#### امتناع تقرير أثر رجعي للقوانين الجنائية

The Prohibition Against Ex Post Facto Laws

٦٦٨- وإذا كان قانون الجريمة، هو قانون للقيم الاجتماعية التي لا يجوز الإخلال بها؛ إلا أن الشرعية الدستورية تظل إطاراً لهذا القانون الذي ترتد جنوره إلى القانون الطبيعي، وكذلك إلى محصلة الخبرة الإنسانية في شأن ما يعتبر -في ركائزه الجوهرية- عدلاً وإصفاً.

وتوازن هذه الشرعية بين السلطة البوليسية التي تملكها الدولة في مواجهة الخاضعين لها؛ وبين ضرورة حمايتهم في مواجهة إساءة استعمال هذه السلطة خروجاً بها عن أهدافها، وعلى الأخص من ناحية قيم العدل التي يتعين أن نلتزمها، والتي يحرص المواطنون على ضمانتها.

وهذه القيم التي يندرج تحتها خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية -وما يقترب به من حقوق- تشكل جزءاً من الوسائل القانونية السليمة التي لا يجوز الإخلال بها.

ذلك أن لكل جريمة عقاباً. ومن شأن عقوبتها تقييد الحرية الشخصية أو إهدار الحق في الحياة أو في الملكية. وهي عقوبة لا يجوز فرضها على أفعال تم ارتكابها قبل العمل بها Ex post facto Laws. وهذه القاعدة التي تقبلها الدول المعاصرة جميعها، ولا تتأثر جدلاً في شأنها، لا مجال لتطبيقها في غير القوانين الجنائية، وأساسها أن كل عقوبة تقتض في المنظرين بها، إحاطتهم بما هيئها قبل سريتها. فإذا جرم المشرع فعلاً كان مباحاً وقت ارتكابه، أو فرض عقوبة أشد على أفعال كانت عقوبتها أقل حين ارتكابها، فإن تقرير سريان القانون الجديد عليها، يعتبر مخالفاً للدستور، ولو تخفى القانون الجديد في شكل مني<sup>(١)</sup>.

ذلك أن رجعية القوانين الجنائية مخطورة في المستاتير جميعها، حتى تلك المعمول بها في نطاق ولاية داخل تنظيم فدرالي<sup>(٢)</sup>. ولا يجوز بالتالي تأثيم فعل كان مباحاً وقت ارتكابه، ولا أن يوقع المشرع على فعل مؤثم عقوبة أشد من العقوبة التي كان المشرع قد حددها من قبل للجريمة ذاتها، ولا أن يدين إنسان عن أفعال كانت مؤثمة حين قارفها، ثم ألغى المشرع تجريماً بأثر رجعي يرتد إلى اللحظة التي حظر فيها ارتكابها<sup>(٣)</sup>.

ولا يجوز كذلك أن يعدل المشرع من بديان جريمة كان قد حدد من قبل أركانها، ليضو بمركز شخص كان قد ارتكبها.

#### ٦٦٩- ولا يعتبر عقاباً رجعياً في مفهوم القوانين الجنائية:

١. حرمان الأشخاص الذين يجمعون بين أكثر من زوجة Polygamist من حق الاقتراع. إذ يتصل هذا الحرمان بالشروط التي يتعين أن يباشر حق الاقتراع في نطاقها<sup>(٤)</sup>.
٢. صدور قانون يحول وزير شئون للعمل إبعاد غير المواطنين الذين يرتكبون جرائم سابقة على صدور هذا القانون. وكذلك كل قانون يلغى الإعانة الاجتماعية لكبار السن من غير المواطنين الذين تم طردهم بالنظر إلى انتمائهم إلى الحزب الشيوعي<sup>(٥)</sup>.

(١) Burgess v. Salmon, 97 U.S. 381 (1878)

(٢) Lindsey v. Washington 301 U.S. 397 (1937).

ويلاحظ أنه كان يظن أن قاعدة عدم الرجعية تنصرف إلى القوانين بوجه عام حتى ما كان منها مدنياً. ثم استقر القضاء على قصر تطبيقها على القواعد الجنائية (1798) 386 Dall. (3 U.S.) 33 Calder v. Bull. ولكن لا يجوز أن يعمد قانون جنائي، الصفة المدنية لتجيز سريته بأثر رجعي.

(٣) Murphy v. Ramsey, 114 U.S. 15 (1885).

(٤) Mahler v. Eby, 264 U.S. 32 (1924).

(٥) Flemming v. Nestor, 363 U.S. 603 (1960).

٣. تغيير مكان محاكمة الشخص بعد ادعاء ارتكابه لجريمة نسبتها النيابة إليه. فإذا لم يكن مكانها قد تحدد أصلاً، جاز أن يحدده المشرع بقانون لاحق<sup>(١)</sup>.

ولازم ما تقدم، أنه إذا صدر قانون ملغياً الأكثر الرجعى لعقوبة فرضها قانون سابق، فإن من أتى الجريمة قبل إقرار القانون اللاحق، لا يجوز أن يدان عنها بمقتضى أحد هذين القانونين.

وعلى القاضى-كلما كان ذلك ممكناً- أن يحمل للقوانين الجنائية رجعية الأكثر من خلال تفسيرها- على التطبيق المباشر لأحكامها.

٦٧٠- ويقصد بالقوانين رجعية الأثر، ما يأتي:

أولاً: القوانين التى تفرض جزاء سدياً كان لم تأديباً لم جنائياً- على أفعال لم يكن بقارنها جزاء من هذا النوع حين إتيانها. وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا أن مضمون القاعدة القانونية التى تسو فى الدولة القانونية عليها، وتتقيد هى بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التى التزمها الدول الديمقراطية فى مجتمعاتها، واضطرر العمل عليها فى مظهر ملوكها المختلفة وأنه مما ينافى مفهوم الدولة القانونية، أن يقرر المشرع سريان عقوبة تأديبية بأثر رجعى، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها، تشكل ذنباً إدارياً مؤاخذاً عليه بها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: تعتبر مخالفة للمستور، يمين الولاء Loyalty Oaths التى يتخذها المشرع أداة لحرمان الأشخاص الذين يتكلمون عن خلفها، من الحق فى العمل العام -أو من غيره من الحقوق التى يكون المستور قد كفها- إذا كان ما توخاه بهذه اليمين، عقابهم عن أنماط سابقة من سلوكهم المشروع<sup>(٣)</sup>.

(١) Cook v. United States, 138 U.S. 157 (1891).

(٢) دستورية عليا -للقضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية- قاعدة رقم ١٤-جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- من ٩٥ و ٩٦ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) ويلاحظ أن يمين الولاء فى ذاتها، غير مخالفة للمستور بالنظر إلى ضرورتها لضمان الأداء الأكوم للعمل العام. ويفترض ذلك أن تصاغ اليمين الدستورية فى حدود ضيقة، ذلك أن اتساع دلالاتها يبطئها. النظر فى ذلك:

Gramp v. Board of Public Instruction, 368 U.S. 278 (1961).

Grenade v. Board of Supervisors of Elections, 341 U.S. 56 (1951); Garner v. Board of Public Workes, 341 U.S. 716 (1951); Adler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952).

ثالثاً: كذلك يعتبر فرض عقوبة على الممولين الذين يتخلفون قبل سريانها، عن إيفاء ضريبة سابقة، إعمالاً لهذه العقوبة بأثر رجعي؛ شأنها في ذلك شأن قوانين العفو التي يقررها المشرع إلغائها منذ العمل بها.

رابعاً: ويعتبر القتلون رجعي الأكثر، إذا غلظ العقوبة المقررة للجريمة بعد ارتكابها، وقرر سريان العقوبة الأشد عليها.

وكذلك إذا كان للعقوبة التي فرضها المشرع للجريمة، حد أدنى، ثم جعل قانون لاحق، حدها الأقصى جزاء وجوبياً لها.

وإذا كان الجزاء على الجريمة هو السجن المؤبد أو الإعدام، ثم أبطل المشرع هذا الخيار بعقوبة واحدة هي الإعدام، فإن هذا القانون يكون رجعي الأكثر فيما يتعلق بالجرائم التي تم ارتكابها قبل هذا التعديل.

وإذا قرر المشرع أثناء تنفيذ عقوبة الجريمة، جزاء إضافياً لها، كالإيداع في زنزانة انفرادية حتى اكتمال القصاص من مرتكبها، فإن هذا القانون يكون رجعياً في أثره ومخالفًا للدستور. وهو ما يتحقق كذلك بإحلال عقوبة السجن المنفرد بدلا من السجن البسيط وتطبيقها على من أدانته المحكمة، بالعقوبة الثانية. ولا كذلك نقل المسجون من سجن إلى سجن آخر ولو كان لكل ملازمة بصورة جوهرية من الأول. إذ ليس للمسجين حق البقاء في الأماكن التي أودع أولا فيها، ولو كان هذا النقل جزاء أفعال أثارها المسجون، وصار عقابا بالتالي<sup>(١)</sup>.

ولا يعتبر رجعي الأثر، تغليظ العقوبة في شأن مجرمين سابقين بعد إصرارهم على الإجرام، إذ يعتبرون عاكسين، ويستحقون بالتالي العقوبة الأغلظ عن الجريمة الأخيرة التي ارتكبوها، دون جرائمهم السابقة التي تنزل عقوباتها على حالها بلا تغيير<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك إذا كان القانون الصادر بتغليظ العقوبة على المجرمين العائدين، لم يعمل به إلا بعد إتيان الجرائم السابقة جميعها، فإن عقوبة الجريمة الأخيرة التي أتاها جان قبل نفاذ هذا القانون، لا تزيد.

(١) Meachum v. Fano, 427 U.S. 215 (1976).

(٢) Gryger v. Burke, 334 U.S. 728 (1948).

خامساً: والرجعية في الصور المنقمة جميعها، ترتبط بالقانون الأسوأ بالنسبة إلى مركز للمخاطبين بالنظم الجنائية. فإذا كان القانون أهون أثراً؛ أو كان يحل طريقة تنفيذ عقوبة الإعدام من الشق إلى الصعق بالكهرباء، فإنه لا يعتبر مخالفاً للدستور<sup>(١)</sup>.

سادساً: وإذا أدخل المشرع بأثر رجعي، تعديلاً على القواعد القانونية التي قررها فسي شأن الجريمة من جهة إثباتها، بما يجعل التكليف على صحة إسنادها إلى المتهم بارتكابها، أسير على سلطة الاتهام من الشروط السابقة التي كان معمولاً بها قبل تعديل شرائط قبول أو وزن الدليل، فلن هذا القانون يكون محظوراً.

ولا يعني ذلك أن كل تغيير في القواعد الإجرائية فيما بين الجريمة والفصل فيها، يعتبر مشوباً بعدم الدستورية. ذلك أن بطلان هذا التغيير يتحدد على ضوء ما إذا كان من أضره الإضرار بصورة جوهريّة أو خطيرة بمركز المتهم. ولا يجوز بالتالي إنقاص عدد المحلفين؛ أو الاكتفاء بموافقة أغليبتهم، بدلا من اشتراط إجماعهم على قرار يدينون به المتهم. إذ يفترض في هاتين الصورتين أن دلائل أقل تكفي لإقناع عدد أقل من المحلفين، وتعتبر محظورة بالتالي. بما مؤده أن ما يقبل أو لا يقبل من التغيير في القواعد الإجرائية، أمر يتصل بدرجة التغيير أو مداه The distinction is one of degree.

فكما كان للتغيير منتهيا إلى الإضرار الخطير بمركز المتهم -كالإخلال بحقوق الدفاع التي يفترض أنه يملكها- كان هذا التغيير غير مشروع<sup>(٢)</sup>. ومن ذلك أن يصير إثبات براءته بعد إجراء هذا التغيير، أكثر صعوبة<sup>(٣)</sup>.

والتغيير في الأوضاع الإجرائية عن طريق إحلال محكمة محل المحلفين في الفصل في الاتهام الجنائي، يستبر معيبا؛ وإن كان للعكس يوافق للدستور.

وقضى بأن إلغاء الطعن استئنافيا في الحكم الصادر من محكمة أول درجة -رئيسا رجعي- لا مخالفة فيه للدستور. وهو ما أراه محل نظر، إذ لا يجوز بعد بدء ميعاد الطعن، إلغاء طريقه.

(١) Malloy v. South Carolina, 237 U.S. 180 (1915).

(٢) Beazell v. Ohio, 269 U.S. 167, 170, 171 (1925).

(٣) Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 Wall) 277 (1867).

سابعاً: وكما كان مضمون القانون منطوياً على تقرير عقوبة جنائية بأثر رجعي، فإن هذا القانون -ولو أفرغ في صورة القوانين المدنية- يعامل باعتباره قانوناً جزائياً. بما مؤداه أن مضمون القانون، وليس الصورة التي اتخذها، هي التي تحدد ما إذا كان محتواه عقابياً أم لا. وتجريد مواطن من جنسيته، يعتبر عقاباً لا يجوز أن يؤسس على ولعنة سابقة لم يجرمها المشرع قبل هذا التجريد.

ثامناً: وفيما يتعلق بالضريبة التي يفرضها المشرع بأثر رجعي، ويقرر جزاءً جنائياً على عدم أدائها، فإن من المقرر قانوناً أن مراجعة السلطة التشريعية لقوانين ضريبية سابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، وإن كان يدخل في اختصاص هذه السلطة حتى توفر للدولة الموارد التي تحتاجها للذهوض بمرافقتها، وكانت الضريبة في بواعثها مما يستقل المشرع بتقديره؛ إلا أن الضريبة رجعية الأثر -في مضمونها وجزائها- تكون مخالفة للدستور، إذا أجازها المشرع على أعمال قانونية اكتمل تكوينها ونفاذها قبل صدور قانون الضريبة الجديدة؛ وكان المكلفون بأداء هذه الضريبة، لا يتوقعونها -في مجموعهم- بالنظر إلى طبيعتها أو مبلغها؛ أو كان يتعذر عليهم عقلاً توقعها أثناء تعاملهم في أموالهم في إطار الضريبة القديمة، ونظلم ملكيتها إلى آخرين على ضوء أحكامها.

ذلك أن سريان الضريبة الجديدة عليهم في شأن صور التعامل هذه، النافذة أثناء سريان الضريبة القديمة، يصادم توقعهم المشروع لنطاق تطبيقها<sup>(١)</sup>، ويعتبراً بالتسالي جزاء غير مبرر.

تاسعاً: وقاعدة رجعية القوانين، وما يرد عليها من قيود من جهة جوازها أو حظرها، وإن كان لا شأن لها بالمبادئ التي تضعها السلطة القضائية من خلال اجتهادها إلا أن تطبيقها لاجتهاداتها هذه بأثر رجعي في شأن أفعال تم ارتكابها قبلها، وبما يؤثر أو يضرر بحقوق المتهمين بإتيانها، يظل محظوراً.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٢ - ص ١٢١ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

### رابعاً

#### لا عقوبة بغیر حکم قضائي

#### The prohibition Against Bills of Attainder

٦٧١- قد يصدر قانون خاص في شأن أشخاص بذواتهم، أو في شأن أفراد طبقه يستطيع تعيينها ليفرض عليهم عقوبة الإعدام في شأن جرائم جسيمة -كجريمة الخيانة- يمتد بها المشرع إليهم، ويفترض ثبوتها في حقهم، ويقرر بالتالي عقابهم بغیر حکم قضائي يصدر وفق النمط المعتاد لمسیر الإجراءات القضائية. فلا يكون عقابهم تشريعياً موافقاً للدستور. وقد يقرر المشرع عقابهم عن جرائم أقل بغیر توبة الإعدام، بناء على الأدلة التي يتوصل هو إليها، ولو كان القبول بها غير جلتز.

وهو في الحالتين ينتحل سلطة قضائية لا يملكها، وإنما يقوم عليها طغياناً واستبداداً، ويستقل في مباشرتها بمحض تقديره لقيام الجريمة التي يدعيها، موجهاً في ذلك بالضرورة السياسية التي يتصورها، أو بعامل السرعة والحسم، ومدفوعاً أيضاً بمخاوفه غير المبررة، وبشكوكه التي لا أساس لها<sup>(١)</sup>.

ومن ثم تكون عقوبة الإعدام هي الجزاء المقرر أصلاً بذلك القانون. وقد تكون العقوبة المنصوص عليها فيه، أثل من الإعدام، كأن يصادر أموال الناس أو أراضيهم أو بضاعتهم أو جردهم من بعض حقوقهم المدنية أو السياسية، أو من امتيازاتهم. فلا يكون إلا قانوناً يفرض ألماً أو صوراً من الجزاء Bills of pains and penalties يؤثر بسها في حياة الأفراد أو حرياتهم، أو في ممتلكاتهم، في كل ذلك جميعاً.

ويتعين تفسير هذا الحظر على ضوء مقاصد الدستور التي ينافيها أن يكون الفصل في الاتهام الجنائي، بيد المشرع بالمخالفة لمبدأ الفصل بين السلطين التشريعية والقضائية. فلا ينتحل المشرع لنفسه شيئاً من خصائص الوظيفة القضائية، ولا يقر قوانين أيا كان شكلها أو الصورة التي تفرغ فيها إذا تناول بها أفراداً معينين بذواتهم، أو ينتمون إلي طبقه بذاتها يسهل تعيين من يدخلون فيها، ليعاقبهم بغیر محاكمة<sup>(٢)</sup>.

(١) United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946); United States v. Brown, 381 U.S. 437 (1965); Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 Wall) 277 (1867); See also, 3.

(٢) J. Story, Commentaries on the Constitution of the United States (Bigelow ed. 1891), 1344.

وليس بشرط لبطالان هذه القوانين، أن يكون الجزاء المقرر بها من طبيعة عقابية أو  
تقويمية Punitive or retributive أو قلما على القصاص، وإنما يكفي أن يكون وقائياً  
Preventive. وإنما يتعين أن تنص تلك القوانين في كل أحوالها، إقاع عقاب مباشر بغير حكم  
قضائي<sup>(١)</sup>.

Bills of attainder are legislative enactments that undertake to inflict direct punishment without judicial determination or trial.

٦٧٢- ويشترط بالتالي حتى تكون هذه القوانين مخالفة للمستور، أن تصدر في شأن  
أشخاص معينين، أو في شأن أفراد طبقية بذاتها An ascertainable class، يسهل تحديد المنتمين  
إليها، وأن تورد بياناً بالأفعال التي نسبتها إليهم، والتي تقتضى تقييدهم، وأن تقرر مسئوليتهم  
عنها، وأن تدينهم تشريعياً بسببها، وتعاقبهم بالعقوبة المنصوص عليها فيها.

ومن ثم تتميز هذه القوانين بتعيينها لطبقة بذاتها، أو لأشخاص معينين تخصم بعقابها؛  
وبأن مخالفتها للمستور تتحدد على ضوء أثرها، ولا شأن لها بالأشكال التي تفرغ فيها. إذ لو  
جاز القول بأن أشكالها هذه نحو شروها، لكن من السهل إفراغها في صورة تخفي  
مساوئها؛ بما يناقض حقيقة أن القوانين لا تتحدد مفاهيمها وأغراضها إلا على ضوء مضمونها  
ومقاصدها التي لا يجوز خلطها بالوظيفة القضائية التي تمثل أهدافها عن الوظيفة التشريعية.

واستقلال السلطة التشريعية عن القضائية مؤداه ألا تحل أو لاهما فيما تقرر من القوانين  
محل ثانيتهما في مجال تطبيقها على نزاع معين مطروح عليها. وهو ما يتحقق حين تدين  
السلطة التشريعية بنفسها أشخاصاً بذواتهم عن أفعال تكفهم بها وتعاقبهم عنها، بغير محاكمة  
منصفة تتوافر لها ضماناتها. بل إنها تقرر نوع عقوبتهم ومبلغها بقرار منفرد منها، على ضوء  
ما تؤمن به من أفكار في شأن خطورة الأفعال التي نسبتها إليهم.

وقديما كانت القوانين العقابية توجه إلى أشخاص بذواتهم لا يدينون بالولاء للناج، وكانت  
عقوباتهم تتحدد بين السجن والنفي، ومصادرة الملكية كجزاء. ثم تطورت القوانين العقابية  
لتنتمل أشخاصاً بمنعهم المشرع من تقلد أعمال بعينها، بعد أن وصمهم بعدم الولاء في أداها.  
كان يحرم المشرع بعض الأشخاص الذين توردوا على السلطة، من مباشرة بعض المهن التي  
حددها، أو بمنعهم من تولي أعمال بذاتها -كالعضوية النقابية- إذا كانوا أعضاء في تكوين

(١) Ex parte v. Garland, 4 Wall (71 U.S.) 333 (1867).

حزبي يناهض السلطة. ولا كذلك أن تكون للقوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، آثار تضر ببعض المخاطبين بها، أو أن يكون تعييبها قائماً على انتقالاتها بدلاً من آخر<sup>(١)</sup>.

٦٧٣- وهذه القوانين ذاتها، هي التي حظرها دستور جمهورية مصر العربية، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٦٦ التي تمنع توقيع عقوبة بغير حكم قضائي<sup>(٢)</sup>، حتى لا تخرج السلطة التشريعية عن حدود ولايتها، بإقرارها لقوانين تؤول -في أثرها- إلى محاكمة عن طريق المشرع A trial by legislature.

ولئن دل العمل على أن معظم القوانين التي تفرض عقاباً بغير حكم قضائي، تكون رجعية الأثر، إلا أن تقرير رجعيته ليس بشرط لوصفها بمخالفة للدستور.

ذلك أن أخطر ما يميز هذه القوانين، هو أنها تعين بنفسها الجريمة أو المواخذة التي تسبها إلى الأشخاص المقصودين بها، أو إلى الطبقة التي ينتمون إليها، بوصفها ذنباً تكبهم به من خلال العقوبة التي حددتها؛ سواء تعلق ذنبهم بجريمة سابقة محددة أركانها A pre-existing crime، أو بجريمة ابتدعتها هذه القوانين عن طريق إحداثها أفعالاً لم تكن حين إتيانها معاقباً عليها An act made punishable ex post facto.

ويظل واجباً للتمييز بين القوانين التي تفرض عقاباً بغير حكم قضائي، وبين القوانين التي تفصل شروط امتحان حرفة، أو مباشرة عمل أو أعمال بذواتها تدخل تنظيمها في اختصاص السلطة التشريعية بناء على نص في الدستور.

ذلك أن تقرير الحق في الحرفة أو المهنة؛ أو في مباشرة غيرهما من الأعمال على ضوء شروط موضوعية يحددها المشرع سلفاً، ولو كان من بينها شرط حسن السيرة، لا يعتبر عقاباً بغير حكم قضائي؛ ولا عقاباً رجعي الأثر، طالما أن المخاطبين بهذه القوانين لا يؤخذون عن سابق سلوكهم إلا باعتباره متصلاً بالأعمال التي يريون مباشرة، واقعاً في نطاق تقييم متطلباتها Fitness، ودخلاً في إطار الصورة المنطقية لتنظيمها.

(١) Nixon v. Warner Communications, 435 U.S. 589 (1978); Nixon V. Administrator of General Services, 433 U.S. 425 (1977).

(٢) وردت ثلاث جمل في الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية أولاهما خاصة بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ونصها: لا جريمة ولا عقوبة على الأعمال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون. وتتمصرف ثانيتهما إلى تقرير عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائي Bill of attainder. وثالثتهما إلى عدم جواز تقرير عقوبة بأثر رجعي Ex post facto laws وذلك بنصها على "لا عقاب إلا بناء على قانون".

وعلى ضوء ما تقدم، لا تكون الشروط الموضوعية للتعيين فى الوظيفة الحكومية، عقاباً بغير حكم قضائى.

فإذا لم يكن للشروط التى وضعها المشرع لامتحان أعمال بتواتها، من صلة بأهدافها؛ ولا تتوخى بالتالى اختيار أفضل المتقدمين لشغلها، وأجدرهم بتواتها؛ فإنها تتمحض عقاباً بغير حكم قضائى لإثكارها عليهم الحق فى العمل بغير مسوغ.

ومن وجهة نظر تقليدية، يفترض فى حرمان الأفراد من حقوقهم، أنهم لا يستحقونها بما جردهم منها. فإذا كان الغرض من قانون الحرمان، إزال عقوبة عليهم، كان هذا القانون مخالفاً للمستور.

ولا كذلك مطلق الإضرار التى تصيبهم. إذ يتعين دوماً لاعتبار القانون منصرفاً إلى معاقبتهم؛ أن يكون متوخياً لإزال جزاء بهم؛ لا تمييز فى ذلك بين قانون يحرمهم من بعض المزايا التى تخصهم؛ وبين قانون يجردهم من حقوق يملكونها. ذلك أن تباين قانونين فى نوع الجزاء، لا ينال من وجوده.

يؤيد هذا النظر، أن ما تتوخاه النصائر من حظر توقيع عقوبة بغير حكم قضائى، ألا ينزل المشرع بشخص أو بأشخاص عيّنهم، عقاباً من نوع ما، بعد أن أدانهم عن أفعال سابقة وصمم بها، ولو كان هذا الجزاء منصرفاً إلى التجريد من بعض الحقوق، أو من بعض الفرص التى كانوا يتمتعون بها كأعضاء فى مجتمعهم<sup>(١)</sup>.

وينخل فى هذا الإطار -وعلى ما سبق للقول- يمين الولاء التى يقتضيهها المشرع من المتقدمين لوظيفة بذاتها أو للقيام بعمل ما. إذ لا شأن لهذه اليمين بالشروط الموضوعية التى يحدد المشرع على ضوءها، أفضل المترشحين على الوظيفة أو المهنة، للحصول عليها. وهى شروط لها أهميتها وضرورتها لاتصالها بصلاحية أداء بعض الأعمال، والقدرة على النهوض بها فى إطار مستوياتها التى تقتضيه طبيعتها، وضوابط ممارستها، وخصائص تصنيفها.

(١) وإلى المندوبين فى مؤتمر الاستقلال الأمريكى بالإجماع على شرط عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائى إزاء ما شهده من الجزاءات التشريعية التى أسرف فيها البرلمان الإنجليزى والتى طبقتها المستعمرات الأمريكية بدرجات متفاوتة. وقد ظلت هذه الجزاءات قلقة فى حدود ضيقة فى بعض الولايات الأمريكية فى السنوات التى تلت مباشرة إقرار الدستور الأمريكى الاتحادى، ومن بينها وإبسة كنتاكي التى قضت إحدى محاكمها ببطال المصادرة التشريعية لبعض الأراضى، ولو علقها المشرع على قيام المخاطبين بالقانون بإجراء أو امتناع فى المستقبل.

ومن ثم لا تتحضر هذه الشروط عقاباً، إذ هي شروط يتعمد تجنبها Unavoidable disqualification تحيط بالمهنة أو بالوظيفة المراد شغلها، وبالأوضاع الأفضل لصن القيام عليها، سواء كان العمل داخلياً في نطاق مهنة المحاماة لم التكريس لم كان وعظاً دينياً.

ويتهم بعض المطلين على يمين الولاء التي يحلفها هؤلاء قبل مباشرتهم للعمل، قائلين بأنها فضلاً عن كونها عقاباً، فإن من يحلفونها قد ينقضونها بعد أدائها من خلال مملوكم وتصرفهم بما يخالفها.

ويعتبر جزء بغير حكم قضائي، أن يقرر قانون إبعاد مواطنين أو نفهم بالنظر إلى لونهم أو عرقهم. وكذلك عزلهم سياسياً أو تحميمهم لجرائم سابقة ارتكبوها حتى لا ينجبون، أو حرمان أشخاص عيهم المشرع بذواتهم، من مرتباتهم أو من وظائفهم في الحكومة على وجهه التأيد، أو إسناد جريمة إليهم بعد وصفهم بأنهم مناوئون للسلطة عازمون على قلبها، وذلك سواء كان حرمانهم من هذه الحقوق، قد تقرر بنصوص قانونية صريحة ومباشرة، أم كان الحرمان قد تحقق بطريق غير مباشر، وكأثر لنص قانوني<sup>(١)</sup>.

إذ يظل الحرمان في هاتين الصورتين عقاباً تشريعياً يهدد أفراداً بذواتهم في الحق في الحياة، وفي الحرية وفي الملكية التي لا يجوز تجريد أحد منها عن غير طريق المحاكم التي تم تكدينها وفقاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

٦٧٤- وعلى ضوء ما تقدم، يتحدد نطاق حظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائي، على ضوء الأغراض التي يستهدفها المشرع من تكخله.

فكلما قصد المشرع أن ينال من شخص أو أشخاص بذواتهم، وأن يصيبهم في حقوقهم، أو في المزايا التي يتمتعون بها بناء على نشاطهم السابق، صار عقاباً بغير حكم.

إذا لم يكن لتكخله من شأن بذلك، بل كان تنظيمها في إطار شروط منطقية، للأوضاع التي يتعين أن يباشر العمل في نطاقها، فإن هذا التنظيم لا يكون عقاباً، ولو أضر في بعض جوانبه بآخرين.

(١) Cummings v. Missouri, 71 U.S (4 wall) 277 (1867); Ex parte Gerald, 71 U.S. (4 Wall) 333 (1867).

(ويلاحظ أن هاتين القضيتين فصل فيهما في ذلك اليوم)

(٢) United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946).

وكان منطقياً بالتالي، حظر تكوين خلايا مسلحة على الإطلاق، أو حظر تشكيلها ما لم تكن من الميليشيا التي يأذن الدستور بها.

وكذلك حظر مباشرة جمعية أو نقابة أو منظمة لأعمال بذواتها تتناقض أهدافها حتى لا تتخرب فيها. إذ لا يتمحض هذا الحظر في صورته المتقدم بيانها، عن معاقبة أشخاص عيهم المشرع بأسماهم، أو أمكن تشخيصهم من خلال تحديد أفعال تصرفاتهم السابقة التي يؤاخذهم عنها.

وكما كانت الجمعية، أو المنظمة، أو النقابة، تباشر نشاطها بتوجيه من بعض الدول الأجنبية التي تتسلط عليها؛ فإن فرض قيود على حركتها، كإلزامها -رأياً- من تاريخ فرض هذا القيد- بالإعلان عن حقيقة أغراضها -وقوفاً عليها- لا يكون عقاباً<sup>(١)</sup>.

ولو صادر المشرع المعاش المستحق للعاملين في الدولة، بالنظر إلى تمسكهم بحق في الدستور، كالحق في ألا يدينوا أنفسهم بأنفسهم The privilege against self-incrimination أو كان المشرع قد حرم شخصاً من المزايا التي تغطي وثيقة تأمين دخل فيها، وسدد أقساطها على امتداد عقدين من الزمان، فإن مصادرة الحق في المعاش أو الحق في المزايا التأمينية، يكون عقاباً<sup>(٢)</sup>.

وفي مجال تحديد ما إذا كان تدخل المشرع يعتبر عقاباً، أو ليس كذلك؛ فإن صور الجزاء ما كان منها تقويمياً، أو وقائياً، أو منظوياً على الردع؛ تدخل جميعها في مفهوم العقوبة التي لا يجوز نفيها بغير حكم قضائي. وفي ذلك تقول المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية<sup>(٣)</sup>: "Historical considerations by no means compel restriction of the bill of attainder ban to instances of retribution". وفي مصر كانت المادة (٤) من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة والسلام الاجتماعي، تنص على أنه لا يجوز الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية لكل من تسبب في إفساد الحياة السياسية قبل ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢.

(١) Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board 367 U.S. 1 (1961).

(٢) Flemming v. Nestor 363 U.S. 603 (1960).

(٣) United States v. Brown, 381 U.S. 437 (1965).

كما تنص المادة (٥٩) من هذا القانون على أن يسرى الحظر المنصوص عليه في المادة السابقة على:

\* من حكم بإدانتهم من محكمة الثورة في الجنائية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام الخاصة بمن شكلوا مراكز قوة بعد ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢.

\* من حكم بإدانتهم في جريمة تتعلق بالحريات الشخصية للمواطنين، أو بإيذائهم بدنياً أو معنوياً، أو بالعدول على حياتهم الخاصة.

\* من حكم بإدانتهم في جرائم الإخلال بالوحدة الوطنية وبالسلم الاجتماعي.

\* من حكم بإدانتهم في إحدى الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وذلك كله ما لم يكن المحكوم عليه قد رد إليه اعتباره.

وقد طعن بعدم دستورية البند (أ) من المادة (٥) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلم الاجتماعي، فيما نص عليه من حظر الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية بالنسبة إلى كل من أدين في الجنائية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام:

وخلص قضاء المحكمة الدستورية العليا -في القضية رقم ٤٩ لسنة ٦ قضائية دستورية التي أقامها المدعى ناعياً على هذا البند مخالفته للدستور- إلى أن النص المطعون فيه -بوصفه منطوقاً على عقوبة جنائية تم فرضها عن أفعال سابقة على صدور القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه- يعتبر مخالفاً لقاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية المنصوص عليها في المادتين ٦٦ و١٨٧ من الدستور.

وما قرره المحكمة الدستورية العليا في حكمها المتقدم، محل نظر من جهة الأسباب التي قام عليها<sup>(١)</sup>. ذلك أن القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨، وأجه أفعالاً سابقة على صدوره، جرد أشخاصاً بذواتهم عنهم تفصيلاً من الحقوق السياسية المنصوص عليها في الدستور؛ وقصد إلى عقابهم من خلال حرمانهم من الحقوق التي جردهم منها، حتى لا يباثرونها؛ وكان هذا الحرمان جزاء على أفعال سبق إدانتهم عنها، فلا يكون إلا عقاباً بغیر

(١) الأمر المؤثر للدهشة أن هذا الحكم لم ينشر في الجزء الخاص به، وهو الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

حكم قضائي Bill of Attain وهو ما لا يجوز على ضوء نص الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور، التي لا يشترط لتطبيقها أن يكون الحرمان من بعض الحقوق التي كفلها الدستور، من طبيعة جنائية.

وما نقرره المحكمة الدستورية العليا من أن نص البند أ من المادة (٥) من قانون حماية الجبهة الداخلية، يعد منطوقاً على عقوبة جنائية، مردود:

أولاً: بأن الحرمان من الحقوق السياسية المقرر بمقتضى هذا البند، ليس بعقوبة جنائية أصلية. وهو كذلك لا يندرج في إطار العقوبة التبعية التي لا يجوز توقيعها إلا بعد الحكم بعقوبة أصلية، وترتّبها عليها.

ثانياً: أن ما تنصّ به المادة ٦٦ من الدستور، من عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم، لا يتطابق بالعقوبة الجنائية بمعنى الكلمة، إذ لو كان منصرفاً إليها، لصادر نص المادة ٦٧ من الدستور لغوا. ذلك أن هذه المادة الأخيرة، نص خاص بالمحاكمة للمنصفة في شأن الاتهام الجنائي. وحكمها مواده، أن براءة المتهم -وهي الأصل- لا تزول إلا بحكم قضائي يكون باتاً. وهي بذلك تفترض أن يدان عن التهمة الجنائية، وأن يكون الحكم القضائي أداة لإنعاع هذه العقوبة.

ويتعين بالتالي أن يؤخذ نص المادة ٦٦ من الدستور، لا باعتباره متعلقاً بالعقوبة الجنائية التي تستغرقها المادة ٦٧ من هذا الدستور، وإنما على تقدير انصرافها إلى النصوص القانونية التي تقرر حرمان أشخاص معينين بذواتهم من بعض الحقوق، بحكم مسؤوليتهم عن أعمال سابقة أدانهم عنها هذه النصوص. فلا يكون ذلك إلا تكملاً تشريعياً -لا بعقوبة جنائية

بمعنى الكلمة- وإنما بعقوبة تأخذ حكمها، وإن لم تكن من جنسها هي الحرمان من حقوق بعضها عينتها نصوص قانونية. ويتعين بالتالي دمجها بالبطلان لمخالفتها نص للمادة ٦٦ من الدستور<sup>(١)</sup>.

---

(١) ما تنص عليه المادة ٦٦ من الدستور من عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائي، هو ما اصطلاح على تسميته في الدول الغربية بوثيقة الحرمان Bill of attainder، وهي وثيقة عرفها قاموس Black's Law dictionary. في ص ١٢٧ من طبعة السابعة بأنها تشريع خاص يصدر عن السلطة التشريعية A special act of the legislature يقضى بإعدام أشخاص يفترض ارتكابهم لجرائم خطيرة Supposed to be guilty of high offenses كجريمة الخيانة. وهم بذلك يعدمون عن جرائم لا تكفيهم إحدى المحاكم بها في نطق إجراءاتها القضائية In the course of judicial proceedings. فإذا كان هذا التشريع الخاص يوقع عليهم عقوبة قتل من الإعدام، سمي بقانون الألام والجزاءات Bill of Pains and Penalties. وسواء قضى هذا التشريع الخاص بتوقيع عقوبة الإعدام، أو بعقوبة قتل منها، فإن هذا التشريع يكون محظورا.

المبحث الثانيحظر محاكمة الشخص أكثر من مرةعن الجريمة الواحدةDouble Jeopardy

٦٧٦- الحرية الشخصية حق، وهي حق طبيعي. ويقتضى ضمانها ألا تفرض على أحد عقوبة لها من قسوتها ما يسوغ لطراحها؛ وألا يحاكم مرة ثانية عن الجريمة ذاتها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن الدستور يعطي أهمية كبيرة للحكم ببراءة المتهم من التهمة التي أسندتها النيابة إليه، كلما صار هذا الحكم باتاً. فإذا أطلق سراحه بعدئذ، فإن المحاكمة الثانية تناقض شرط الوسائل القانونية للملزمة، أي كان قدر الخطأ في الحكم الأول.

ذلك أن محاكمته من جديد عن الجريمة ذاتها، تحمل معها مخاطر إرهاب المتهم باحتمال أن يدان في المرة الثانية، وإن كان بريئاً حقيقة<sup>(٢)</sup>. خاصة وأن سلطة الاتهام لها من الموارد الضخمة ما يؤهلها لأن توجهها ضد مصلحته من خلال الأدلة الجديدة التي تجمعها، بما يعرض المتهمين لأشكال من المعاناة حلقة بعد حلقة، وحقة بعد حقة، وكان يد الاتهام تحيطهم بعذابها، وتدفعهم إلى دائرة من القلق لا نهاية لها، فلا يعرفون لهم مصيراً.

بل إن ملاحقتهم باتهام جديد، بعد تبرئتهم من الاتهام الأول، مؤداة بتبديد وقتهم، وتقويض فرصهم في العمل أو إضعافها، وللتشهير بهم إضراراً بسمعتهم، والإخلال بأمنهم ومكينتهم. فلا تصفو لهم الحياة؛ وإنما تتخلق طوائفها ونظم دروبها، وعلى الأخص، إذا كان الاتهام الجديد موجهها بأعراض انتقامية؛ أو كان مقصوداً من سلطة الاتهام حتى تؤكد موقفها السابق من الجريمة، وتعزز أدلتها المتهافنة التي قدمت من قبل لإثباتها، وحتى يبرهن علي أن قضاء الحكم الأول كان معيباً. وفي ذلك ضرر لا يخفى. ذلك أن المتهمين الأبرياء كثيراً ما يدانسون عن الجريمة ذاتها، بعد إعادة محاكمتهم.

٦٧٧- وكان منطوقاً أن يشمل هذا الحظر المحاكم جميعها، ما كان منها من محاكم القانون العام أو استثنائية أو من طبيعة خاصة. فضلاً عما يتخذ منها شكل لجنة أو هيئة تتولي

(١) United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564 (1977).

(٢) United States v. Scotit, 437 U.S. 82, 91 (1878); Green v. United States, 355 U.S. 184 (1957).

الفصل قضائيا في خصومة بين طرفين. ذلك أن الحظر المتقدم، يتسع مداه لكل جزاء منديبا كان أم تاديبا أم جنائيا.

ولئن كان من مصلحة الجمهور أن تدار المحاكمة الجنائية من خلال قواعد تكفل في مجموعها لكل حكم قضائي أن يتحرر كلية من الخطأ، إلا أن محاكمة المتهم من جديد عن التهمة ذاتها، لا يجوز دستوريا ولو لحظ للخطأ بالحكم الأول من كل الوجوه<sup>(١)</sup>. كما لو أخطأ الحكم في استبعاد بعض الأدلة، وقرر أن باقيا لا يكفي لإدانة المتهم<sup>(٢)</sup>. ذلك أن الحكم للقضائي إذا صار باتا، فإن تبديله ولو لخطأ في تطبيق للقانون يكون غير جائز، وينتقل بسبه أمام النيابة كل طريق لتوجيه الاتهام من جديد إلى المتهم، ولو كان خطأها أو إهمالها في إدارة الدعوي الجنائية التي صدر فيها الحكم الأول، فادحا Egregiously erroneous، كإغفالها تقديم بعض الشهود القاطعة لأقوالهم في التليل على الجريمة. فذلك كله بعيد عن حقائق العدل، وعن التطبيق للصحيح للقانون. فالشخص لا يجوز قلونا أن يقاضي مرتين عن الجريمة ذاتها<sup>(٣)</sup>. No Man Can be Twice Lawfully Punished for the Same Offence. سواء كان قد أطلق سراحه في المرة الأولى، أو كان قد استوفي العقوبة المحكوم بها، بشرط أن يكون الحكم في الحالين قد قطع بالحقيقة القضائية بصورة لا رجوع فيها. وهي حقيقة لا يشفع في نقضها، مجرد أن المحاكمة الأولى لم تستقم فرائضها، ولا كون العقوبة المقضي بها أقل مما يعتبر كافيا -بالمقاييس المنطقية- لردع من أدين بها. فقد صار للحكم الأول -هو بات- عصيا على المراجعة. ولا يجوز بعد صدوره أن يظل من تعلق به هذا الحكم، قلقا مضطربا، هائما على وجهه، تسحقه الدولة ببأسها حين تريد، فلا يطمئن لغده، ولا يأمن من افتشاء الشرور التي تحيط به، لتعثر خطأ، ولتكدد في وجهه صور الحياة التي كان يتوقعها.

وليس ذلك من الأغراض التي تستهدفها القوانين الجنائية، ولا هو من مفاهيم العدل وحققاتها<sup>(٤)</sup>. ولا كذلك نقض الحكم الأول بعد الطعن فيه. ذلك أن نظر للدعوي الجنائية من جديد أمام دائرة استئنافية غير التي صدر عنها الحكم المنقوض، لا يعتبر خروجاً على قاعدة

(١) Durks v. United States, 437 U.S. 1 (1978); See, Olso Westen and Drubel, Towardos General Theory of Double Jeopardy, 1978 Supreme Court Review, 81, 122-37.

(٢) United States v. Martin linen supply Co., 430 U.S. 564 (1977).

(٣) North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 (1969).

(٤) القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٥/٢٢ - القاعدة رقم ٣٢ - ص ٥١٩ من

الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. انظر كذلك القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧

قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ يونية ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ من الجزء ٧ من مجموعة

أحكام المحكمة الدستورية العليا.

حظر محاكمة الشخص عن الجريمة الواحدة أكثر من مرة. وإنما هي المحاكمة الأولى مستأنفة سيرها حتي تكتمل حلقاتها، وتصل إلي نهائيتها.

٦٧٨- على أن مفهوم الجريمة الواحدة التي لا يجوز أن تكون محلاً لأكثر من محاكمة، في حاجة إلى التحديد.

\* فإذا كانت الأفعال الإجرامية تتداخل مع بعضها، ولا تنفصل أجزاؤها، وتجمعها بالتالي وحدة المشروع الإجرامي، فإن تبرئة المتهم من بعض هذه الأفعال، يمنع محاكمته عن باقيها بالنظر إلى تكاملها فيما بينها<sup>(١)</sup>.

\* وإذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة، يوقضى بإدانة المتهم عن الجريمة التي عقوبتها أشد، فإن الحكم للصنادير فيها، يكون مانعاً من محاكمته عن الجريمة الأقل في عقوبتها، ولو كان راجعاً على الظن احتمال ارتكابه لها، أو كان قد أدان عنها بالفعل<sup>(٢)</sup>.

ولا كذلك تبرئة المتهم عن الجريمة الأقل وطأة، إذ لا يستلزم ذلك حاجزاً من معاقبته عن الجريمة الأكدح التي قارنها.

\* إذا كان المشروع الإجرامي الواحد، لا يكتمل تنفيذه إلا من خلال مراحل متعددة، فإن كل خطوة في اتجاه تنفيذ هذا المشروع، يحوز فرض جزاء جزائي عليها. فإذا تم المشروع، جاز كذلك، معاقبة من انخرطوا فيه جميعهم.

\* قد تمتد جريمة بذاتها لوقوع جريمة أخرى تستلزم عنها، فلا يعامل - بالنظر إلى هذه الصلة - كجريمة واحدة. فالذين يحوزون خموراً حظر المشرع تداولها، وعقبوا على مجرد حيازتها، تجوز معاقبتهم على بيعها.

(١) تنص المادة ٢/٣٢ من قانون العقوبات، بأنه إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة، وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة، والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم. وتفترض هذه المادة أن المتهم حوكم عن هذه الجرائم جميعها، وأنه قد ثبت إدانته عنها. فلا يقضى عليه عندئذ بعقوبتها جميعاً، بل بالعقوبة المقررة لأشدها.

(٢) تنص المادة ١/٣٢ من قانون العقوبات على أنه إذا كان الفعل قد كون جرائم متعددة، وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد، والحكم بعقوبتها دون غيرها.

\* لا يجوز أن يتعلق بالجريمة المستمرة، غير اتهام جنائي واحد. فمعاشرة امرأة متزوجة، وإدارة محل للدعارة، جرائم يتصل زمنها في غير انقطاع. وهي جريمة واحدة متعددة حلقاتها.

ولا كذلك الجرائم المنفصلة التي تستقل كل منها بوقائعها، كالامتناع عن إجابة لجان تقصى الحقائق على أسئلتها.

ذلك أن كل امتناع يعامل كجريمة قائمة بذاتها. شأن ذلك، شأن تعدد البيوع في المواد الكحولية، وتمزيق أكثر من حقيبة بريد في الوقت ذاته بقصد سرقة محتوياتها. إذ تعامل كل واقعة منها على حدة، كجريمة لها استقلالها.

ولغة المشرع ومقاصده، هي التي يتحدد على ضوئها ما إذا كان سياق من السلوك A Course of Conduct هو المعاقب عليه؛ أم أن الواقعة منفردة هي محل العقوبة التي فرضها المشرع<sup>(١)</sup>.

ويقصد بالجريمة الواحدة في تطبيق حظر محاكمة المتهم عن ذات الجريمة أكثر من مرة، أن تتعلق المحاكمة الثانية بالجريمة الأولى عينها، بأن تكون هي ذاتها بكيفها وأوصافها وشرائط وجودها.

وتعتبر الجريمة محل المحاكمة الثانية مختلفة عن سابقتها، إذا كانت إحداهما تقتضى لوجودها، تقديم الدليل على واقعة لا تقتضيها الجريمة الثانية لقيامها.

#### وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

إن امتناع معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها، يفترض ألا تكون بصدد جريمتين لكل منهما خصائصها، ولو تتابعتا من حيث الزمان؛ أو كانتا الواقعتين في مناسبة

(١) تقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ - القاعدة رقم ٣٢ - ص ٥١١ من الجزء الثامن، أن امتناع المدين باللفقة عن دفعها ماطلة فيها، مودة أن وقائع الامتناع -مع تعددها- لا تشكل مشروعاً إجرامياً واحداً، بل يكون لكل منها ذاتيتها باعتبارها وقائع منفصلة عن بعضها البعض، وإن كان هدفها واحداً ممثلاً في اتجاه إرادة المدين باللفقة، إلى النكول عن أدائها.

واحدة. والعبرة عند القول بوجود جريمتين، هي بحقيقتهما، لا بأوصافهما التي خلعهما المشروع عليها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالى أن يكون الاتهام متتابعاً فى شأن الجريمة ذاتها التى نسبتهما سلطة الاتهام إلى المتهم بارتكابها، ولو كان المشرع قد غير بعد محاكمته عنها أول مرة - من قواعد إثباتها؛ أو كان قد انتحل للجزاء عليها مصلحة غير التى أقام الجريمة عليها من قبل.

٦٧٩- وفى الدول للفيدرالية التى تتوزع السيادة فيها بين الحكومة المركزية وولاياتها، قد تكون الجريمة الواحدة معاقبة عليها فيدرالياً، وكذلك داخل الولاية ذاتها. وتكون بالتالى تعدياً على سيادة الحكومة المركزية وسيادة إحدى ولاياتها.

ولئن جرى قضاء المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية على أن إفراج السلطة القضائية الفيدرالية عن المتهم فى جريمة أمامها، لا يمنع حكومة الولاية من محاكمته عن الجريمة عينها أمام محاكمها<sup>(٢)</sup>، إلا أن قضاءها فى ذلك منقذ، وغير عادل، ولا يجوز أن يتخذ من مجرد السوابق القضائية، عضداً، ولو قام الدليل على أطراف هذه السوابق وعدم تغيرها.

ذلك أن السيادة التى تتمتع بها الحكومة المركزية، وإن صبح القول بانفصالها عن السيادة المحلية التى تباشرها ولاياتها، كل داخل إقليمها؛ إلا أن الحرية الشخصية بالاضمحاض فى الدول الحرة جميعها، ألا يكون للحكم السابق فى جريمة بذاتها، حائلاً أو حاجزاً دون تقديم المحكوم عليه فيها إلى محاكمة جديدة أياً كان موقعها.

فضلاً عن أن توزع السيادة فى الدولة الفيدرالية لا ينفى توحيد كياناتها المختلفة معها؛ وأنها دولة واحدة.

٦٨٠- واستناع المحاكمة الثانية فى شأن الجريمة عينها، لا يحول دون اجتماع جزائين فيها، أحدهما من طبيعة جنائية، وثانيهما من طبيعة مدنية.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة صيرليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٤٧ - ص ٧١٥ من الجزء

الثامن.

(٢) Abbatte v. United States, 359 U.S. 187 (1959).

ذلك أن الفعل الواحد قد يثير مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية فى آن واحد. ومن المتصور بالتالى اجتماع هاتين المسؤوليتين بالنظر إلى اختلافهما فى نوع المصالح التى تكفلتها.

وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا: "إن اجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية يتحقق إذا كان الفعل الواحد مرتبطاً لها معاً، بأن كل من ضاراً بالجماعة وبالفرد فى آن واحد. إلا أن أظهر ما يفاير بين هاتين المسؤوليتين، أن افتراض الخطأ، وإن جاز فى المسؤولية المدنية بالقدر وفى الحدود المنطقية التى يبينها المشرع؛ إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها<sup>(١)</sup>."

٦٨١- ولا يعتبر العود -وهو يتحقق بإتيان الجانى جريمة ثانية تالية للحكم عليه بعقوبة فى الجريمة الأولى- واقعاً فى إطار حظر تكرار المحاكمة عن الجريمة ذاتها. ذلك أن إدانة المتهم فى الجريمة الأولى، تحمل معنى إذاره بالآ يعود إلى الإجراء. فإذا لم يتم وزناً لهذا الإنذار، وسلك طريق الجريمة من جديد، استحق عقاباً أشد عن الجريمة الثانية، بأن تزداد عقوبته عنها سواء فى نوعها أو فى قدرها.

ومن ثم كان القدر الزائد فى عقوبة المائد عن الجريمة الثانية، منفصلاً عن جسامتها، لأنها قد لا تزيد فى ضررها الاجتماعى عن الجريمة الأولى التى ارتكبها، فلا يكون القدر الزائد فى عقوبته عن الجريمة الثانية، إلا مقابل لعوده<sup>(٢)</sup>.

٦٨٢- وسواء كان الجانى حثاً أو كاملاً الأهلية؛ فإن محاكمته عن الجريمة ذاتها أكثر من مرة يظل محظوراً.

ولا يجوز إذا صدر عن الجانى أكثر من فعل فى مناسبة واحدة، وكانت الأفعال التى أتاها ترتبط جميعها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة، أن يقدم اتهام منفصل عن كل فعل منها.

ذلك أن تحد هذه الأفعال، لا ينفى ارتباطها، وضرورة أن تشملها محاكمة واحدة تزن كافة العوامل المتصلة بها، بما فى ذلك دولتها.

(١) القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٧٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا .

(٢) ص ١٢٥ من مؤلف الدكتور عوض محمد عوض (قانون العقوبات - القسم العام - طبعة ٢٠٠٠).

فلو أن شخصاً قتل زوجته وولديه لمحاولتها قتله بالسم حتى يخلص لها وجه عشيقها،  
ولشكه في سلوكها، ونسبة ولديه منها إليه؛ تعين أن يحاكم عن هذه الأفعال جميعها أمام  
محكمة واحدة. فإذا قدم عن كل فعل منها إلى محكمة مختلفة حتى ينال أمام إحداها حكماً  
بالإعدام، فيما إذا حكم عليه عن القتلين الآخرين بقوة لئلا كان ذلك تكراراً لمحاكمته عن  
الجريمة الواحدة متعددة الأفعال، منطقياً على التحرش به بالمخالفة لشرط الوسائل القانونية  
السليمة.

٦٨٣- واحتجاج الشخص بعدم جواز محاكمته أكثر من مرة عن الجريمة الواحدة،  
يعتبر من الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها.

ذلك أن هذا الحظر يضاف على الجاني حصانة مرجعها إلى نص في الدستور. وهى  
حصانة يجوز للجاني أن يسقطها إذا لم يتمسك بها، وكان نزوله عنها واعياً ومقصوداً. ولا  
يجوز بالتالى أن تستخلص المحكمة من مجرد عدم إثارة المتهم المائل أمامها للحظر المانع من  
تكرار محاكمته عن الجريمة عيناها، ما ينل ضمناً على النزول عنه.

### المبحث الثالث

#### في جواز أو حظر اللجوء إلى القوانين القانونية في المجال الجنائي

٦٨٤- لأن صرح القول بأن النصوص الجنائية لا يجوز أن تنفكر إلى الحد الأدنى من الأسس التي يتطلبها ضبطها، ولتأتي تحول كأصل عام بين القاتمين على تنفيذها، وإطلاق العنان لفزواتهم أو سوء تقديراتهم؛ وكان الأصل في هذه النصوص ألا تتدخل معانيها بما يؤذن بانفلاتها، وخروجها على الأغراض المقصودة منها؛ وكان المستور لا يفرض على المشرع طرائق بذواتها يحدد من خلالها الأفعال التي يوثمها؛ إلا أن القوانين الجنائية جميعها يتعين أن تعمل في إطار دائرتين.

لولاها: أن هذه القوانين لا يجوز النظر إليها بوصفها مجرد إطار لتنظيم الحرية الشخصية من خلال رذع عن الإخلال بها. ذلك أن تلك القوانين، يعنيها أن تكون القيود التي تفرضها على الحرية الشخصية، منتهية إلى صونها وضمان فعاليتها، بما توفره لأصحابها من الحق في مباشرتها في حدود منطقية<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: أن الاختصاص المخول للسلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم، وتفسير عقوباتها، لا يدخلها التدخل بالقوانين التي تحدثها لعل يد محكمة الموضوع عن القيام بمهمتها الأصلية في مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التي عينها المشرع؛ إعمالاً لمبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>(٢)</sup>.

٦٨٥- وفي حدود هاتين الدائرتين، يتدخل المشرع من خلال الجرائم التي يحدثها على ضوء الضرورة الاجتماعية، ليقيد من الحرية الشخصية لمن يرتكبونها.

وهو إذ يقرر لهذه الجرائم قوالبها أو النماذج القانونية التي أفرغها فيها، فذلك من أجل بيان أركان كل جريمة منها. فلا ينفصل وجود الجريمة، عن إثباتها في كافة عناصرها.

(١) القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" ص ٣٥٨ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٨٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

يبد أن المشرع قد يتدخل في شأن الأدلة التي يجوز قبولها في جريمة بذاتها. وقد يفترض توافق واقعة فيها لا تقوم بدونها، معنفا سلطة الاتهام من إثباتها، عن طريق قرينة قانونية يحدثها.

ذلك أن القرينة القانونية لا تكون كذلك إلا إذا نص عليها القانون، ونظم حجيتها. والمشرع يختار من خلال القرينة، واقعة بذاتها، ويستخلص منها الدليل على تحقق الواقعة المراد إثباتها بعد أن تكفل باعتبارها ثابتة بقيام القرينة، وأعفى من تقرررت القرينة لمصلحته، من تقديم الدليل عليها.

٦٨٦- والأصل في القرائن القانونية أن يقيمها المشرع مقدما، وأن يعممها بعد أن يصوغها على ضوء ما يكون راجح الوقوع عملا. وهي ترتبط أصلا بالمسائل المدنية، فإن تعدتها إلى المواد الجزائية، صار أمر الفصل في دستورتها محمدا على ضوء مساسها بالحرية الشخصية وإخلالها بمقوماتها. يؤيد هذا النظر أمران:

أولهما: أن لكل جريمة ينشئها المشرع، أركانها التي يجب أن تثبتها سلطة الاتهام من خلال تقديمه لأدلتها، والإقناع بها، بما يزيل كل ظن معقول ينفىها. فلا تقوم ثمة شبهة لها أساسها تكحض ارتكابها. ذلك أن سلطة الاتهام تعد من خلال اتهامها لشخص بجريمة تدعيها، إلى خلق واقع جديد ينقض افتراض البراءة باعتباره تعبيراً عن الفطرة التي جبل الإنسان عليها. وصار متصلا بها منذ ميلاده. فلا تنتقضها إرادة أيأ كان وزنها، وإنما ينحىها حكم قضائي تعلق بجريمة بذاتها، وغدا باتا في شأن نسبتها إلى المسئول عنها، فاعلا كان أم شريكا.

ثانيهما: أن اختصاص السلطة التشريعية بقرار القواعد القانونية ابتداء، أو تفويض السلطة التنفيذية في إصدارها في حدود صلاحياتها المنصوص عليها في الدستور. لا يخلو هاتين السلطتين أو إحداهما إحداث قرائن قانونية تنفصل عن واقعها *Unreasonable presumptions*، ولا تربطها بالتالي ثمة علاقة منطقية بالنتائج التي رقيتها عليها، لتحول بها بين السلطة القضائية ومباشرة مهامها في مجال الفصل في الخصومة الجنائية التي تطرح عليها<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٧٤٩ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٦٨٧- وظاهر من القواعد المتقدم بيانها، أن القرائن القانونية جميعها، تفترض واقعيتين:

أولاهما: واقعة أصلية هي التي تكون مصدراً للحق المدعى به، وكان ينبغي إثباتها على تقدير أن الحقوق جميعها، لا تنشأ إلا عن مصدرها التي عينها المشرع وحصرها.

وثانيتهما: واقعة غير الواقعة الأصلية، ولكنها قريبة منها لصلتها بها ودلائلها على رجحان ثبوتها، فلا يعتبر إثباتها إلا إثباتاً للواقعة الأصلية بحكم القانون.

والصلة المنطقية بين هاتين الواقعتين، هي التي تقوم الدليل على اتصال القرينة القانونية بواقعها، وإيضائها عقلاً إلى النتائج التي رتبها المشرع عليها، فلا تكون واقعة القرينة، إلا دليل معقوليتها، ورجحان تصويرها لأوضاع لا مجافاة فيها للحياة العملية<sup>(١)</sup>

وهذا النظر هو ما عليه القضاء المقارن. إذ القاعدة فيه، أن القرائن القانونية التي يجوز تطبيقها في المجال الجنائي، هي التي تظهر فيها صلة منطقية بين الواقعة التي قام الدليل عليها، والواقعة التي يفترض المشرع ثبوتها.

فإذا لم تتوافر هذه الصلة المنطقية في القرينة القانونية، دل ذلك على أنها نوع من التحكم بظاني الحقائق التي تؤكدتها الخبرة في عموم أحوالها<sup>(٢)</sup>.

A Statutory presumption cannot be sustained if there be no rational connection between the fact proved and the ultimate fact presumed, if inference of the one from proof of the other is arbitrary because of lack of connection between the two in common experience.

ومن هذه الزلوية، تظهر خطورة القرائن القانونية على الحرية الشخصية التي لا يجوز إرهابها عن طريق التحكم في القنود التي تفترض عليها.

وهو ما يتحقق على الأخص سواء من خلال اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل، أو عن طريق افتراض ثبوتها من خلال قرينة قانونية غير منطقية بحدوثها المشرع Arbitrary presumption. أو عن طريق قرينة منطقية يمنع المشرع إثبات عكسها Conclusive presumptions.

(١) للضحية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " - جلسة ١٩٩٧/٧/٥ - قاعدة رقم ٤٧ - ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Tot v. United States 319 U.S. 463, 467, 468 (1943).

ومن ثم كان للتدخل بالقرائن القانونية في المواد الجزائية، وثيق الصلة بالأدوار التي وزعها الدستور -في إطار المحاكمة المنصفة- فيما بين سلطة الاتهام والمتهم بالجريمة. وهي أدوار لازمة أن يتعادلا في أسلحتهما؛ وفي الفرص القانونية والواقعية التي تتردد التهمة خلالها بين ثبوتها ونفيها. ولا يجوز بالتالي أن يفترض للمشرع بقرينة يحدثها، أن مجرد حيازة المتهم لمواد مخدرة، يفترض علمه بجلبها من الخارج، لمجرد أن جزءاً كبيراً منها يكون مصدره أجنبية في الأمم من الأحوال، وليس لتلتجأ محلياً<sup>(١)</sup>.

وإذا كان لسلطة الاتهام حق في ضمان مصلحة مجتمعها في القصاص من الجناة، فإن لكل منهم بالجريمة حق في حريته الشخصية التي لا يجوز تقييدها أو انتقاصها من أطرافها. ولا يعتبر المتهم معادلاً لسلطة الاتهام في أسلحتها وفرصها، إلا إذا حاز إلى جانبها، حداً أدنى من الحقوق توازنه بها. فإذا اخل هذا الحد الأدنى في مولجتها، لم يعد مكافئاً لها فسي مركزها، لتطو بموقعها وخصائص سلطتها على متهمها، ليس فقط من جهة الحقوق التي يملكها كل منهم قبل الآخر؛ وإنما كذلك على صعيد إمكاناتها ومواردها الضخمة، التي توفر لها وسائل علمية وعملية تدعم بها التهمة التي كُلفتها.

وتمثل القرائن القانونية بميزان الحقوق في غير مصلحة المتهم. ذلك أن المشرع لا يقرر هذه القرائن لغير سلطة الاتهام، كي يحفيها من التلذليل على واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها<sup>(٢)</sup>.

٦٨٨- وقد يفترض المشرع بالقرينة القانونية، توافر القصد الجنائي في جريمة عمدية، ليقيل سلطة الاتهام من إثباته. وهو ما ينعكس بالضرورة على أصل البراءة التي يتعين على النيابة العامة أن تستصحبها معها في كلفة إجراءاتها، ما كان منها سابقاً على للمحاكمة، أو واقعا أثناء سيرها. إذ هي الفطرة التي جبل للناس عليها، وحجر الزاوية The bedrock في كل نظام متحضر للعدالة الجنائية، وقاعدة مبدئية أصيلة تقتضيها إدارتها Axiomatic and elementary. والمواجهون بالاتهام الجنائي يعتصمون بها طوال مراحل حياتهم، لا ينفكون عنها. ذلك أن التصاقها بهم، لا يزيلها عنهم، إلا إذا أدانهم حكم قضائي بات بالجريمة التي اتهموا بها.

(١) Leary v. United States, 395 U.S. 6 (1969).

(٢) تنص المادة ٤٠٤ من القانون المدني على أن القرينة القانونية تخفى من تفررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات. على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بخير ذلك.

والحق أن منطقية القرينة -ولما كان موضوعها- أصل فيها. ذلك أن المشرع يصوغ القواعد الموضوعية والقرائن القانونية، لا يفرض بها حلولاً تحكمية منافية للخبرة العملية القائمة في الحياة العملية في أوضاعها الأكثر شيوعاً، وإنما يشتق المشرع مما يقع غالباً في الحياة العملية، للقاعدة الموضوعية التي ينشئها؛ وكذلك مضمون كل قريبته القانونية يستلهمها<sup>(١)</sup>. ولا يجوز في المواد الجنائية على الأخص أن يفرض المشرع قرينة قانونية تخل بطريقة تحكمية، بحق المتهم في دفعها من خلال حظر التلليل على عكسها<sup>(٢)</sup>.

A Presumption which is entirely arbitrary and which operates to deny a fair opportunity to repel it or to present facts pertinent to one's defence, is void.

#### ومن صور القرائن التحكيمية:

• أن الآباء الطبيعيين لا يعتبرون جديرين بحضانة أبنائهم المولودين خارج نطاق علاقة الزوجية<sup>(٣)</sup>.

• تقرير أن كل امرأة حامل لا تصلح لأداء عملها، إذا بلغ حملها أربعة أشهر سابقة على توفاها ولادة جنينها، وإلزامها بالتالي بأن تحصل خلال هذه الفترة على إجازة بدون أجر من عملها. إذ يتم إكراهها على هذه الإجازة بمقتضى قرينة قانونية تحكمية تقطع بعلم صلاحيتها لأداء العمل خلالها. وهو ما لا يجوز قانوناً في المجال الجنائي<sup>(٤)</sup>. ذلك أن قطعية القرينة لازمها أن يصير الافتراض الكامن فيها عصباً على المراجعة، بما يؤهل النيابة للتخلص بصفة نهائية من واجبها في التلليل على الواقعة التي تقوم بها القرينة ولو استلزام المتهم نفيها<sup>(٥)</sup>. فضلاً عن أن القرينة المقاطعة هي في حقيقتها نوع من التسميم المطلق غير

(١) فالقاعدة التي تنص بأن يعتبر الشخص راشداً ببلوغ إحدى وعشرين سنة ميلادية، قاعدة موضوعية تفترض أن يكون من بلغ هذه السن، كامل الأهلية في الأعم من الأحوال، ولو ثبت أن بعض الذين بلغوها، يتصرفون بقدر من الطيش والزلز. ذلك أن المشرع يتجاوز عن التفاوت فيما بين إفسان وأخو، حتى ينضبط التعامل ويستقر. والقاعدة التي تنص بأن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة عليه، مبناهما قرينة قانونية تمتد بما يقع في الأعم من الأحوال في الحياة العملية. ولكن يجوز إثبات عكس هذه القرينة، وذلك بأن يقدم الدائن ما يدل على أن الوفاء اللاحق، لا يثبت سبق الوفاء بالأقساط السابقة. وهو ما يعنى جواز معارضة القرينة بطلها، على خلاف الأمر في القواعد الموضوعية. انظر في ذلك الوسيط للدكتور المنهوي الجزء ٣ ص ٦١٧ وما بعدها.

(٢) Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); Carella v. California, 491 U.S. 263 (1989).

(٣) Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

(٤) Cleveland Board of Educ. v. LaFleur, 414 U.S. 632 (1974).

(٥) Department of Agriculture v. Murry, 413 U.S. 508 (1973).

المقبول في المواد الجنائية التي يفترض مواجهة كل حالة على حدة وفق ظروفها وخصائصها.

وإن نعين في هذا المقام التميز بين القواعد الموضوعية والقرائن القانونية. ذلك أن كل قاعدة موضوعية تستغرق علمها، فلا تجوز معارضتها بها بعد اندماجها فيها، فيقبلها المشرع إلى حقائق ثابتة لا يجوز نقضها، ولو بالإقرار أو اليمين.

ولا كذلك القرائن القانونية التي تلازمها علمها، ولا تفارقها. بل تقوم إلى جوارها. ومن ثم جاز نقض القرائن القانونية جميعها -حتى ما كان منها قاطعاً<sup>(١)</sup>.

على أن نقض القرينة القانونية للقاطعة بالإقرار أو اليمين، وإن جاز في المسائل المدنية، إلا أن القبول بقطعية القرينة في المواد الجنائية غير متصور، ولو كانت القرينة تنسب أحدثها للمشرع منطقية في صلبها.

ذلك أن إعمال القرائن القانونية في المجال الجنائي، يرتبط مباشرة بالحرية الشخصية. ولا يجوز بالتالي أن يؤخذ بالقرينة القانونية المنطقية فيما يقيد هذه الحرية، إلا إذا توافر لكل منهم الحق في نقضها بالأدلة التي يدفعها بها.

ولا كذلك القرينة القاطعة التي تسقط بها حقوق المتهم في نفي الواقعة التي افترضتها، بما يبال من الحد الأدنى للحقوق التي يملكها المتهم في مواجهته سلطة الاتهام؛ وبناقض كذلك قواعد إدارة العدالة الجنائية التي تقوم في جوهرها، على أن كل واقعة تقوم بها الجريمة، لا يجوز افتراض ثبوتها كحقيقة لا تتبدل، فلا يدفعها المتهم بأية أدلة يقدمها، أي كان قدر قوتها الإقناعية.

وفي مصر لا تثير المحكمة الدستورية العليا، شكوكاً جديّة حول جواز قبول القرائن القانونية في المجال الجنائي. ذلك أن إمعان النظر في أحكامها وتطبيقاتها، يدل على مناقشتها لكل قرينة قانونية فرضها المشرع، ونظرها في معقوليتها، وتحريها لدلائلها، وصلتها بالنتائج التي رتبها المشرع عليها، ورفضها بالتالي لكل قرينة قانونية لا تتوافر بها علاقة منطقية بين

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٣ ص ٤٧٣ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ أن القرينة القاطعة وإن كان لا يجوز إثبات عكسها، إلا أن نقضها بالإقرار واليمين، جاز.

الواقعة الأصلية التي افترض المشرع ثبوتها بالقريضة التي أحدثها؛ وبين الواقعة التي أطعها مطعها، واعتبر إثباتها مقضى إليها، لنقوم مقامها مغذية عن إثباتها.

فلذا بان لها أن القريضة القانونية تقوم على التحكم والإملاء، فإنها تتجها، وعلى الأخص كلما صاغها المشرع كي يفترض بها توافر القصد الجنائي؛ أو أقصمها ليعدل بها من الأصل في الأشياء التي تتعلق الجريمة بها، أو توخى بها إهدار حقوق الملكية التي كفلها الدستور.

على أن ما يدعى أن يلاحظ في القرائن القانونية التي حلتها المحكمة الدستورية العليا، هو أنها أهدرتها جميعها لمجاوباتها لحكم العقل، وانقضاء كل صلة منطقية بالتالي بين الواقعة التي افترض القانون ثبوتها؛ والواقعة التي أطعها مطعها عوضا عنها، وجعل ثبوتها دليل تحقق الواقعة التي افترضها.

ولكن المحكمة الدستورية العليا لم تعمل حتى اليوم -وفي إطار هذا الضابط- قريضة قانونية واحدة من القرائن التي ولجتها على امتداد حياتها القضائية. وهو ما يعنى نظرتها المشككة إلى تطبيق القرائن القانونية في المجال الجنائي، واتجاهها إلى حمل سلطة الاتهام على أداء المهام التي تقوم أصلا عليها، وأخصها تقديم الدليل على كسب ولقعة تقوم بها الجريمة، فلا تعفيها منها من خلال قريضة قانونية. وربما كان هذا الاتجاه أدنى إلى تحقيق مصلحة المتهم التي لا يجوز أن تخل بمصلحة للجاعة لها اعتبارها.

وإنما يتعين موازنة أولاهما بثانيتها؛ وأن ينظر إلى القريضة القانونية بالتالي على ضوء مخوليتها في إطار تقدير علم للحقائق العلمية والعملية القائمة في زمن معين. ذلك أن منطقية القريضة القانونية هي التي تنفي عنها التحكم بعد أن دل مضمونها على ارتباطها بما هو راجح الوقوع صلاً.

والبين من تحليل قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن القرائن القانونية، يطالها لكل قريضة افترض بها المشرع توافر القصد الجنائي؛ أو خرج بها على الأصل في الأشياء؛ أو أهدر من خلالها الحماية التي يكفلها الدستور لحق الملكية.

وفيما يلي تفصيل ما تقدم:

### المطلب الأول

قرائن قانونية مخالفة للمستور، وذلك لافتراضها القصد الجنائي

#### الفرد الأول

النقص في عدد الطرود أو محتوياتها عما هو مدرج بشأنها في قائمة الشحن.

٦٨٩- عملاً بنص المادة ١١٧ من القانون الجمركي رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣، تفرض على ربان السفينة، أو قائد الطائرة، غرامة لا تقل عن عشر الضريبة الجمركية المعرضة للضبايح ولا تزيد على مثليها؛ وذلك في حالة النقص غير المبرر في عدد الطرود أو محتوياتها. عما أدرج عنها في قائمة الشحن وقد طعن بعدم دستورية هذه المادة أمام المحكمة الدستورية العليا التي كان عليها -قبل الفصل في دستورتها- أن تحدد الطبيعة القانونية للغرامة المنصوص عليها في المادة ١١٧ المشار إليها، وعما إذا كان فرضها يؤثر مسئولية مدنية أم جنائية للربان أو قائد الطائرة.

وقد خلص قضاء هذه المحكمة بعدم دستورية هذه المادة، وقام قضائها في ذلك محمولاً على الدعاوى الآتي بيانها:

لولا: أن المشرع الجمركي عامل النقص في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها عما هو مدرج في قائمة الشحن، بافتراض أن الربان قد هربها، ولا يتصور أن يتطرق هذا الافتراض إلا بجريمة إدخالها إلى البلاد بطريق غير مشروع دون أداء ضرائبها الجمركية. وإذا كان من المقرر أن الجريمة لا تقوم إلا عن أفعال لشها المشرع من خلال العقوبة التي يفرضها جزاء إتيانها، مصيباً ببعضها من يكون مسئولاً عنها من الفاعلين والشركاء؛ وكانت العقوبة قد تتخذ صورة الغرامة المالية التي يقرر المشرع أن نكلها يعتبر كافياً لسردع الجناة المحتملين وحملهم على تجنبها؛ وكان القانون الجمركي قد ربط المخالفة الجمركية التي يمثلها النقص غير المبرر في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها، بالفتنة التي تبصر أنها تعود على جناتها من وراء ارتكابها، فرد عليهم ما قصده منها من خلال الغرامة التي يفرضها المادة ١١٧ من هذا القانون، والتي نسبها إلى المكوس الجمركية ذاتها حتى لا يكون مبلغها إثباتاً؛ فإن هذه الغرامة -وذلك طبيعتها- تتوافر لها خصائص الغرامة التفسيرية التي يتضمنها المسؤولون عن الجريمة التي تستوجبها، في دفعها -فاعلين كانوا أو شركاء- فلا يحكم عليهم -مع تحدهم- إلا بغرامة واحدة يقيسها المشرع وفقاً للضوابط التي قدرها لتتاسبها مع الفائدة

التي حققتها الجناة من جريمتهم، أو التي قصدوا إلى بلوغها بارتكابها، فلا تحصل الإدارة الجمركية إلا على مبلغها لا أكثر ولا أقل، توكيدا لعينيتها التي لا ينافيها تقرير حد أدنى لها.

ثانياً: لكل جريمة عقوبتها التي لا تنفصل عن الأفعال التي تكونها. والغرامة التي فرضتها المادة ١١٧ من القانون الجمركي، مناطها تلك المخالفة الجمركية التي لفترض المشرع أن الريان أو قائد الطائرة قد ارتكباها، فلا تقوم هذه الجريمة في حقهما إلا بتوافر أركان هذه الجريمة، وإثباتها بكل عناصرها.

فلا يحكم بها على من يكون غير مسئول جنائياً عنها، فإذا تحدد المسؤولون عن المخالفة الجمركية -الذين وصفهم المشرع بالفاعلين والشركاء- تحقق تضامنهم في الوفاء بعقوبتها.

ثالثاً: أن الغرامة التي حددتها النصوص المطعون عليها، وإن خول المشرع الإدارة الجمركية ذاتها الحق في توقيعها، إلا أن ماهية هذه الغرامة لا تتحدد على ضوء حقيقة للجهة التي خولها المشرع حق فرضها، وإنما بالنظر إلى خصائصها.

رابعاً: الأصل في الطرود أن يكون ما فرغ منها -سواء في أعدادها أو محتوياتها- مطابقاً لبياناتها في قائمة الشحن. فإذا نقص ما فرغ من هذه الطرود عما هو مدون بشأنها في تلك القائمة، فإن افتراض تهريبها يقوم في حق الريان أو قائد الطائرة إعمالاً لتلك القرينة التي أحدثها المشرع، والتي لا يدفعها أيهما إلا إذا أقام الدليل على عكسها ببراهين يبرر بها هذا النقص.

خامساً: لا يجوز أن يمتد لاختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوباتها، إلى إحداثها لقرائن قانونية تنفصل عن وقعها، ولا تربطها بالتالي شمة علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها، لتحول بها بين السلطة القضائية ومباشرة مهامها في نطاق الدعوى الجنائية التي لاختصاصها بالفصل فيها. ذلك أن الأغراض النهائية للقوانين الجنائية ينافيها على الأخص أن يبدن المتهمون لتغير جريمة، أو عن طريق الإخلال بالموازين الدقيقة التي يتكافأ بها مركز سلطة الاتهام، ومتهموها.

سادساً: أن المسؤولية الجنائية لا تحركها إلا مصلحة الجماعة بافتراض أن ضرراً قد أصابها من خلال إثبات الأفعال التي ألتمها المشرع لضرورة اجتماعية قدرها؛ متكرجا بعقابها تبعاً لخطورتها؛ وناهيا أصلاً عن التنازل عن الخصومة الجنائية موضوعها أو التصالح عليها.

فلا يكون الجزاء عليها محض تعويض، بل إيلاماً مقصوداً لردع جناتها، ضماناً لأن يكون الوقوع فيها من جديد أقل احتمالاً.

ولا كذلك المسؤولية المدنية التي لا يقوم الخطأ فيها على إرادة إثبات النقصان والبصر بنتيجته، أو توقعها. وإنما مناطها كل عمل غير مشروع يلحق بأحد من الأغيار ضرراً، سواء أكان هذا العمل عمداً أم إهمالاً. ومن ثم كان التعويض الكامل جزءاً منه. وهو لا يكون كاملاً إلا إذا كان جابراً لمناصر الضرر جميعها دون زيادة أو نقصان؛ وكان هذا التعويض كذلك من الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها؛ وكان لاجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية جائزاً، إذا كان الفعل الواحد منشأً لهما معاً، بأن كان ضاراً بالجماعة وبالفرد في آن واحد؛ وكان تباعدهما كذلك متصوراً؛ إلا أن أظهر ما يميز بينهما، أن افتراض الخطأ، وإن جاز في المسؤولية المدنية بالقدر، وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها.

سابعاً : أن جريمة التهريب الجمركي من الجرائم المدنية التي لا يجوز افتراضها، ولا تتوافر أركانها إلا بإرادة ارتكابها، ولا تعتبر القسبة التي تحيطها، ويظن معها الوقوع فيها، سلوكاً محدداً أتاه جان، بل توهم لا يقوم به دليل، ولا تنهض به المسؤولية الجنائية.

ثامناً : إذ أقام المشرع من مجرد وجود نقص في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها، قرينة على تهريبها لا يدفعها المتهمون عنهم إلا بتقديم ما ينقضها؛ فإن إخفاقهم في نفيها، يكون تقريراً لمسؤوليتهم الجنائية عن الجريمة بما يناقض افتراض براءتهم؛ ويحول دون انتفاعهم بضمانة الدفاع التي تفترض لممارستها قيام اتهام محدد ضدهم، معزز بالإبراهيم الجائز قبولها قانوناً، وإخلاقاً بالصواب التي فرضها الدستور في مجال محاكمتهم لإصافاً؛ وتعدى كذلك على الحدود التي فصل بها بين ولاية كل من السلطين التشريعية والقضائية<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الثاني

##### مناط مسؤولية الحائز للبضائع الأجنبية التي يتجر فيها مع العلم بتهريبها

٦٩٠- كان المشرع بعد أن نص في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركي الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ على أن حيازة البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها مع العلم بأنها مهربة، تعتبر في حكم التهريب الجمركي؛ قضى بأن هذا العلم يفترض إذا

(١) لل قضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جملة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٧٤٩ من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

لم يقدم حائز للبضائع الأجنبية بقصد الاتجار، ما يؤيد سبق الوفاء بالضريبة الجمركية المستحقة عنها.

وقد طعن بعدم دستورية هذه القرينة التي أحل بها المشرع واقعة عدم تقديم الأوراق المؤيدة لسبق دفع الضريبة عن البضائع الأجنبية المحوزة بقصد الاتجار فيها، محصل واقعة العلم بتبهرجها، معنياً بذلك سلطة الاتهام من التزامها الأصل بأن تقدم بنفسها الدليل على تحقق كل ركن يتصل ببيان الجريمة، بما في ذلك القصد الجنائي ممثلاً في إرادة إثبات الفعل مع العلم بالوقائع التي تعطيه دلالة الإجرامية.

وخلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من هذا المادة ١٢١ من هذا القانون، وذلك فيما تضمنته من افتراض القصد الجنائي على النحو المتقدم. وقام حكمها في ذلك على الدعائم الآتية:

أولاً: أن القرينة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ المشار إليها، قرينة قانونية. ذلك أن الأصل في القرائن القانونية -قاطعة أو غير قاطعة- أنها من عمل المشرع. وهو لا يقيّمها تحكماً أو إملاء. وإنما يصوغ المشرع القرينة، ويحدد مضمونها، على ضوء ما يقع غالباً في الحياة العملية.

ولذا كانت القرينة القانونية التي أوردها الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركي تتعلق ببضائع أجنبية تم التعامل فيها بعد خروجها من الدائرة الجمركية؛ وكان هذا التعامل لا يتحصر فيمن قام باستيرادها ابتداءً، وإنما تتناولها أيدٍ عديدة -شراء وبيعاً- إلى أن تصل إلى حائزها الأخير؛ وكان للتعامل فيها خلال مراحل تداولها المختلفة، يتم بافتراض سبق الوفاء بالضريبة الجمركية المستحقة عنها بعد تجاوزها للدائرة الجمركية التي ترصد في محيطها البضائع الواردة، وتقدر في نطاقها ضرائبها، وتستكمل إجراءاتها؛ وكان ما تقدم هو الأصل فيها، فلا ينقض هذا الأصل إلا بدليل يقدم من الإدارة الجمركية ذاتها. وكان هذا الأصل مردداً كذلك بالمادة ٥ من القانون الجمركي التي يدل حكمها على أن البضاعة الواردة لا يجوز الإفراج عنها، إلا بعد أداء مكوسها على اختلافها، ما لم ينص القانون على غير ذلك؛ فإن الواقعة البديلة التي اختارها النص للمطعون فيه -ممثلة في عدم تقديم حائز البضاعة الأجنبية بقصد الاتجار فيها، ما يدل على الوفاء بالمكوس المقررة عليها- تكون قرينة على علم المتهم بأن البضائع الأجنبية التي يحوزها بقصد الاتجار فيها، قد تم تبهرجها.

وهي قرينة تحكمية حجب المشرع بها محكمة الموضوع عن التحقق من توافر هذا العلم أو تخلفه. وتندو القرينة بالتالي مقبحة لإهدار افتراض البراءة.

ثانياً: إذ كانت جريمة التهريب الجمركي من الجرائم العنصرية؛ وكان الأصل هو أن تتحقق المحكمة بنفسها -وعلى ضوء تقديرها للأدلة التي تطرح عليها- من علم المتهم بحقيقة كل واقعة تقوم عليها الجريمة، وأن يكون هذا العلم يقينياً، لا ظنياً أو افتراضياً؛ وكان لا يجوز للملطة التشريعية التدخل بالقرائن التي تنشئها لعل يد المحكمة عن القيام بمهمتها الأصلية في مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التي عنيها المشرع، إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية؛ وكان نص الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من قانون الجرمي، قد حدد واقعة بذاتها جمل ثبوتها بالطريق المباشر، دالاً بطريق غير مباشر على العلم بالواقعة الإجرامية، ليفرض بذلك وجهة النظر التي ارتأها في مسألة تشكل محكمة الموضوع بتحقيقها عند الفصل في الاتهام الجنائي؛ وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه، وما لا يسفر عنه إلى العقيدة التي تتكون لديها من جماع الأدلة المطروحة عليها؛ فإن واقعة العلم بالتهريب التي نسبها للنص المطعون فيه إلى المتهم، تتمحض لتتحالا لاختصاص عهد به الدستور إلى الملطة القضائية؛ وتعدى على الحدود التي تفصل بينها وبين الملطة التشريعية؛ وبما يناقض كذلك افتراض البراءة من التهمة الجنائية، ويخل بالحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقاً طبيعياً.

### الفرع الثالث

#### مناط مسؤولية رئيس تحرير الصحيفة

٦٩١- كان المدعى قد أقام للدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية أمام المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>، ناعياً على نص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات مخالفتها للدستور. وقد تبين لهذه

(١) القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٩- ص ٢٨٦ وما بعدها في الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. هذا وتنص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات بما يلي:  
قرة أولي: "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طريق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسؤول عن قسمها الذي حصل فيه النشر إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير، بصفته قاعلاً أصلياً للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته.

قرة ثانية: ومع ذلك يعنى من المسؤولية الجنائية:

١. إذا ثبت أن النشر حصل بدون علمه، وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق المساعدة على معرفة المسؤول عما نشر.
٢. أو إذا أُرشد أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة، وقدم ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسؤوليته، وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يتم النشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته في الجريدة أو لضرر جسيم آخر."

المحكمة أن الفقرة الأولى من تلك المادة هي التي يقوم عليها الاتهام الجنائي ضد المدعى عليه الثاني باعتباره رئيس تحرير الجريدة التي نشر بها المقال المتضمن تفتشاً وسباً فسي حق المدعى؛ وأن الخصومة الدستورية ينحصر نطقها في هذه الفقرة؛ وأن ارتباطها بقرتها الثانية وإن كان لا يقبل التجزئة -باعتبار أن أولاهما تقرر المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير، وأن ثانيتهما تحدد صور الإغفاء منها- إلا أن إبطال فقرتها الأولى يعتبر كافياً وحده لسقوط فقرتها الثانية التي لا يتصور تطبيقها ما لم يكن تقرير مسؤولية رئيس التحرير -في الحدود للنسب تضمنتها الفقرة الأولى- جائزاً وفقاً لأحكام الدستور.

وقد خلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٩٥ المشار إليها، وبسقوط فقرتها الثانية. وقام حكمها في ذلك محمولاً على الدعائم الآتية:

أولاً: لا شأن للجريمة بدخائل النفس ومضمراتها. ذلك أن الجريمة تبلور سلوكاً خارجياً مؤخذاً عليه قانوناً.

ثانياً: الأصل في الجرائم العمدية جميعها، أنها تعكس تكويننا مركباً باعتبار أن قوامها التزام بين يد اتصال الإثم بعملها، وعقل واع خاطئها، ليهيمن عليها، ويوجهها إلى النتيجة التي قصد إحداثها، ليلام هذا القصد -باعتباره ركناً معنوياً في الجريمة- الشخصية الفردية في ملامحها وتوجهاتها. ذلك أن حرية الإرادة تعني حرية الاختيار بين الخير والشر، ولكل وجهة هو مولياها، لتتحل الجريمة -في معناها الحق- إلى علاقة ما بين العقوبة التي فرضها المشرع، والإرادة التي تعمل فيها تلك للزعة الإجرامية التي يتعين أن يكون تقويمها ورد أثرها بديلاً عن الانتقام والتأثر من صاحبها.

ثالثاً: يثير تجريم الأفعال التي تتصل بالمهام التي تقوم الصحافة عليها وفقاً للدستور -ولو بطريق غير مباشر- الشبهة المبدئية حول دستورتها، لتفصل المحكمة الدستورية العليا فيما إذا كان الفعل الموثم قانوناً في نطاق جرائم النشر، ينال من الدائرة التي لا تنفخ حرية التعبير إلا من خلالها؛ أم يعتبر مجرد تنظيم لتداول هذه الآراء بما يحول دون إضرارها بمصلحة حيوية لها اعتبارها.

رابعاً: كفل الدستور للصحافة حريتها، ولم يجز إندازها أو وقفها أو إلغاءها إدارياً، بما يحول كاصل عام دون التمثل في شئونها، أو إرهابها بقيود ترد رسالتها على أعقابها، أو تقلص دورها في بناء مجتمعها وتطويره.

ذلك أن حرية الصحافة قوامها أن يكون الحوار بديلاً عن القهر والتسلط؛ ونافذة لإطلاق المواطنين على الحقائق التي لا يجوز حجبها عنهم؛ ومنحلاً لتعميق معلوماتهم فلا يجوز طمسها أو تلويثها. بل إن الصحافة تكفل للمواطن دوراً فاعلاً، وعلى الأخص من خلال الفرص التي تتيحها لنشر الآراء التي يؤمن بها Individual self-expression. فلا يكون سلباً منكفئاً وراء جدران مغلقة، أو مطارداً بالفرع من بلس السلطة وعدوانيتها.

خامساً: أن افتراض براءة المتهم وصون الحرية الشخصية من كل عدوان عليها، أصلان كليهما الدستور بالمادتين ٤١ و ٦٧.

فلا يجوز أن تأتي السلطة التشريعية عملاً يخل بهما، وعلى الأخص عن طريق ادعائها لنفسها الاختصاص المخول للسلطة القضائية في مجال التحقق من قيام الجريمة بأركانها التي حددها المشرع، بما في ذلك القصد الجنائي إذا كان متطلباً فيها.

إلا أن النص المطعون فيه، يفترض أن الإذن بالنشر الصادر عن رئيس تحرير الجريدة، يفيد علمه على وجه اليقين، بالمادة التي تضمنها المقال بكل تفاصيلها، وأن محتواها يشكل جريمة معاقباً عليها قصد رئيس التحرير إلى ارتكابها وتحقيق نتيجتها، مقبلاً بذلك قرينة قانونية محل فيها هذا الإذن محل القصد الجنائي، وهو ركن في الجريمة العمدية لا تقوم بغيره.

ولا ينال مما تقدم، قاله أن البند (١) من الفقرة الثانية من النص المطعون فيه، قد أعفى رئيس التحرير من المسؤولية الجنائية التي أنشأتها فقرتها الأولى في حقه، إذا قدم الدليل على أن النشر تم بدون علمه. ذلك أن مجرد تمام النشر دون علمه، ليس كافياً وفقاً لهذا البند لإعفائه من مسؤوليته الجنائية. وإنما يتعين عليه فوق هذا -إذا أراد التخلص منها- أن يقدم لجهة التحقيق كل ورقة ومعلومة تعينها على معرفة المسؤول عما نشر. بما مؤداه قيام مسؤوليته الجنائية، ولو لم يباشر دوراً في إحداثها. فضلاً عن أن النص المطعون فيه جعل رئيس التحرير مواجهاً بواقعة أثبتتها القرينة القانونية في حقه دون دليل يظاھر؛ ومكلفاً للمتهم بنفيها خلافاً لافتراض البراءة.

كذلك يظل رئيس التحرير وفقاً للبند (٢) من الفقرة الثانية من النص المطعون فيه، مسؤولاً عن الجرائم التي تضمنها المقال، ولو أثبت أنه لو لم يقم بالنشر، لفقد وظيفته في الجريدة التي يعمل بها، أو تعرض لضرب جسيم آخر. إذ عليه فوق هذا، أن يرشد أثناء التحقيق عن أتى الجريمة، وأن يقدم كل ورقة ومطومة لديه، لإثبات مسؤوليته.

وهو ما يعنى أنه أيا كانت الأضرار التي يتكتمها رئيس تحرير الجريدة، مثبته بها اضطرابه إلى النشر، فإن مسؤوليته الجنائية لا تنتفى إلا إذا أُرشد عن أشخاص قد لا يعرفهم، هم المسؤولون عن المقال أو غيره من صور التمثيل. وهو ما ينالض شخصية للمسؤولية الجنائية التي تفترض ألا يكون الشخص مسؤولاً عن الجريمة، ولا أن تفرض عليه عقوبتها، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

سادساً: أن ما تقدم موداه، أنه سواء أكان النشر في الجريدة قد حصل دون تدخل من رئيس تحريرها، أم كان قد أذن بالنشر اضطراراً حتى لا يفقد عمله فيها، أو توقفاً لضرر جسيم آخر، فإن رئيس التحرير يظل في الحالتين مسؤولاً جنائياً بمقتضى النص المطعون فيه الذي أنشأ في حقه قرينة قانونية افترض بموجبها علمه بكل ما احتواء المقال المتضمن سباً أو قذفاً في حق الآخرين. وهي بعد قرينة يظل حكمها قائماً، ولو كان رئيس التحرير متغيباً عند النشر، أو كان قد عهد إلى أحد محرريها بقدر من مسؤوليته؛ أو كانت السلطة التي يباشرها عملاً في الجريدة، تؤكد أن توليه لشئونها ليس إلا إشراقاً نظرياً لا فعلياً.

سابعاً: وما يقال من أن كل واقعة أوردتها المقال متضمنة سباً أو قذفاً في حق الآخرين، ما كان لها أن تتصل بالغير، إلا إذا أذن رئيس التحرير بنشرها، لتكتمل بالنشر الجريمة التي نسبها النص المطعون فيه إلى رئيس التحرير.

مرئود أولاً: بأن الجريمة العمدية تقتضى لتوافر القصد الجنائي بشأنها -وهو أحد أركانها- علماً من الجاني بعناصر الجريمة التي ارتكبها، فلا يقدم عليها إلا بعد تقديره لمخاطرها، وعلى ضوء الشروط التي أحاطها المشرع بها، فلا تكون نتيجتها غير التي قصد إلى إحداثها، شأن الجريمة العمدية في ذلك، شأن الجريمة التي نسبها النص المطعون فيه لرئيس تحرير الجريدة باعتباره فاعلاً أصلياً لها.

ولا يتصور بالتالى أن تتمحض هذه الجريمة عن إهمال يقوم مقام العمد. إذ هي جريمة عمدية لابتداء وانتهاء لا تتوافر أركانها ما لم يكن رئيس التحرير حين أذن بنشر المقال المتضمن قذفاً وسباً، كان متركاً أبعاده واعياً بأثاره، قاصداً إلى نتیجته.

ومرئود ثانياً: بأن اعتبار رئيس تحرير الجريدة فاعلاً أصلياً لجريمة عمدية، ومسؤولاً عن ارتكابها، لا يستقيم مع افتراض القصد الجنائي بشأنها، وإلا كان ذلك تشويهاً لخصائصها.

ومرئود ثالثاً: بأن ما نتوخاه كل جريدة، هو أن يكون اهتمام قارئها بموضوعاتها حياً من خلال تنوعها وعمقها وتعدد أبوابها وامتدادها على كامل صفحاتها مع كثرتها، وتطرقها لكل جديد في العلوم والفنون على تباينها. فلا تكون قوة الصحافة إلا تعبيراً عن منزلتها في إدارة الحوار العام وتطويره؛ لا تنقيد رسائلها في ذلك بالحدود الإقليمية، ولا تحول دون اتصالها بالآخرين قوة لها كمن بأسها؛ بل توفر صناعتها سواء من خلال وسائل طبعها أو توزيعها- تطوراً تكنولوجيا غير مسبوق يعزز دورها، ويقارنها تصابق محموم يتوخى أن تقدم الجريدة في كل إصداراتها، الأفضل والأكثر إثارة لقراءها، وأن تتيح لجمهورهم قاعدة أعرض لمعلوماتهم، ومجالاً حيواً يعبرون فيه عن ذواتهم، وأن يكون أثرها في وجدانهم، وصلتهم بمجتمعهم بعيداً.

بل إن الصحافة بأدائها وأخبارها وتحليلاتها، إنما تقود رأياً عاماً ناضجاً، وفاعلاً، يبلوره إسهامه في تكوينه وتوجيهه.

ولا يتصور في جريدة تتمتع بصفحاتها، وتتزامن مقالاتها، وتتعدد مقاصدها، أن يكون رئيس التحرير محيطاً بها جميعاً، نلقاً إلى كافة محتوياتها، ممحصاً بعين ثاقبة كل جزئياتها، ولا أن يزن كل عبارة تضمنتها بافتراض سوء نية من كتبها، ولا أن يقيسها وفق ضوابط قانونية قد يبق الأمر بشأنها، فلا تتحد تطبيقاتها.

ومرئود رابعاً: بأن المسؤولية التقصيرية وفقاً لقواعد القانون المدني -وقولها كل عمل غير مشروع ألحق ضرراً بالغير- هي التي يجوز افتراض الخطأ في بعض صورها. ولا كذلك المسؤولية الجنائية، التي لا يجوز أن يكون الدليل عليها متحلاً، ولا ثبوتها مفترضا.

ومرئود خامساً: بأن رئيس التحرير وقد أذن بالنشر، لا يكون قد ألقى عملاً مكوناً لجريمة يكون به فاعلاً مع غيره. ذلك أن الشخص لا يعتبر فاعلاً للجريمة إلا من خلال أعمال باثراً تتصل بها وتعتبر تنفيذاً لها. ولئن جاز القول بأن العلانية في الجريمة التي تضمنها النص المطعون فيه، لا تتم إلا من خلال الأمر بنشر المقال المتضمن قذفاً وسباً في حق الآخرين، إلا أن مسؤولية رئيس التحرير جنائياً عن تحقق هذه النتيجة، شرطها اتجاه إرادته لإحداثها، ومدخلها علماً يقينياً بأبعاد هذا المقال.

ولا كذلك النص المطعون فيه، إذ افتراض مسؤوليته جنائياً بناء على صفته كرئيس تحرير يتولى شئون الجريدة باعتباره مشرفاً عليها، فلا يكون مناطها إلا الإهمال في إدارتها، حال أن الإهمال والعمد نقيضان لا يتلازمان. بل إن رئيس تحرير الجريدة، بظل دون غيره

ممسؤولاً عما ينشر فيها، ولو تحدثت أقسامها، وكان لكل منها محرر مسئول مباشر عليها سلطة فعلية.

ومردود سادساً: بأن صور الإغفاء من المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير -المقررة بالفقرة الثانية من المادة ١٩٥ ع- لا يتصور تطبيقها إلا إذا كانت هذه المسؤولية موافقة ابتداء لأحكام الدستور، ومن ثم يكون إبطال فقرتها الأولى لمخالفتها للدستور؛ مستتبعا سقوط الفقرة الثانية من هذه المادة، فلا تقوم لها قائمة.

#### الفرع الرابع

مناط علم المؤجر بالعقد الصادر من نائبه أو أحد شركائه أو نائبهم

#### في شأن عين مؤجرة

٦٩٢- كان قد طعن في القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية، بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن بعض الأحكام المتعلقة ببيع وتأجير الأماكن مخالفتها للدستور<sup>(١)</sup>.

وقد قضى بعدم دستورية هذه الفقرة، وذلك فيما تضمنته من افتراض علم مؤجر المكان أو جزء منه بالعقد السابق الصادر من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبهم. وقام قضاء المحكمة الدستورية العليا في ذلك على الدعائم الآتية:

أولاً: أن القرائن القانونية جميعها من عمل المشرع. وهو يفرضها في مجال الجريمة باعتبارها قواعد تتعلق بإثباتها Evidentiary rules غايتها افتراض واقعة بذاتها -لا تكتمل لركن الجريمة بعبء عنها- واعتبارها ثابتة بحكم القانون، فلا يكون أمام المتهمين (إلا نفيها).

وهي بذلك تقصر عن أن تؤكد بصفة نهائية صحة الواقعة التي افتترضها المشرع، باعتبار أن الأصل هو جواز دهمها Rebuttable Presumption.

(١) صدر الحكم فيها بجلسة ٣ يناير ١٩٩٨- وهو منشور في ص ١٠٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. هذا وتصل الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن بعض الأحكام المتعلقة ببيع وتأجير الأماكن على ما يأتي يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ٥٠٠ جنيه ولا تجاوز ألفي جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أجرة مكاناً أو جزءاً منه، أو باعه، ولو بعقد غير مشهر، أو مكن آخر منه، وكان ذلك للتأجير أو البيع أو التمكين على خلاف مقتضى عقد سابق، ولو غير مشهر، صادر منه أو من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبهم. ويفترض علم هؤلاء بالعقد السابق الصادر من أيهم\*.

ثانياً: أن لفترض براءة المتهم، يستصحب الفطرة التي جبل الإنسان عليها. وهو كذلك شرط للحرية المنظمة يكرس قيمها الأساسية. فضلاً عن صلته الوثيقة بالحقوق في الحياة، وبدعائم العدل التي تقوم على قواعدنا للنظم المدنية والسياسية جميعها.

والبراءة لا يجوز تطبيقها على شرط يهدمها، ولا تعطيلها من خلال اتهام يكون منهولياً.

بل إن الإخلال بها -وباعتبارها مبدأ بدهياً- An Axiomatic Precept بعد خطأ لا يفتقر A prejudicial Error مستوجباً نقض كل قرار لا يتوافق معها. ولا يعتبر مجرد الاتهام كافياً لهم أصل البراءة، ولا مثبِتاً لواقعة تقوم بها الجريمة، ولا حائلاً دون التكتليل عليها. وإنما يظل هذا الأصل قائماً إلى أن ينقض من خلال حكم قضائي صار باتاً بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها -بكل مكوناتها- كان نقياً متكاملًا.

ويبدو لفترض البراءة أكثر ضرورة في مجال حقوق الدفاع بالنظر إلى أن الوسائل الإجرائية التي تملكها النيابة العامة في مجال إثباتها للجريمة، تدعها موارد ضخمة يقتصر المتهم عنها، ولا يولدها إلا لفترض البراءة، لضمان ألا يدان عن الجريمة ما لم يكن الدليل عليها مبرراً من كل شبهة لها أساسها Dans la Doute, on acquitte.

ولا يجوز بالتالي أن تقصر النصوص العقابية، باعتبارها نافذة لأصل براءة المتهمين بمخالفتها. وإنما يكون لكل منهم -ورائتاً إلى هذا الأصل- أن يظل "ابتداءً" صامتاً، وأن يفقد "انتهاءً" مما يعتبر شكاً معقولاً Doute raisonnable محيطاً بالتهمة من جهة ثبوتها.

ثالثاً: نكّل الفقرة الأولى من المادة ٨٢ المطمون عليها، على أن الجريمة المنصوص عليها فيها من الجرائم المدنية، وأن مناطها قيام شخص بتأجير عين بذاتها أو جزء منها -ولو بعقد غير مشهر- كلما تم هذا التأجير بالمخالفة لعقد قائم سبق أن حرره هو أو صدر عن نائبه أو عن أحد شركائه، أو نوابهم. ومن ثم يكون للتقصد الجنائي ركناً معنوياً في هذه الجريمة لازماً لثبوتها.

بيد أن المشرع قدر أن التعاقد الجديد المناقض للعقد السابق، قد لا يكون صادراً عن من دخل في العقد الأول، بل عن نائبه، أو أحد شركائه، أو عن وكيل لأيهما، فافتراض علم هؤلاء جميعاً بالعقد السابق؛ وكأنهم جميعاً شخص واحد يقدر الأمور عواقبها، ويزنها في إطار من القيود التي حدد بها المشرع نطاق الأعمال التي يجوز أن يباشرها.

وهو افتراض لا دليل عليه، وموداه إعفاء الذنب العامة من التزامها بتقديم الأدليل على علم المؤجر بالتعاقد السابق الصادر من نائبه، أو من شريكه في العين التي يملكها.

وذلك هي القرينة القانونية التي ألحقها المشرع على افتراض البراءة، والتي أهدر بها الحرية الشخصية التي تبلور النصوص العقابية أخطر القيود عليها؛ والتي يعتبر ضمانها ضد كل صور التحامل والتسلط، لازماً لصونها؛ وعلى الأخص في إطار محاكمة جنائية يكون زمامها بيد محكمة الموضوع وحدها؛ ويقوم قضاؤها فيها متصلاً بأعمال التحقيق التي تجريها بنفسها، والتي تستخلص منها افتتاعها بقرينة الجريمة المدعى بها أو انتفاؤها. فذلك وحده شرط إصنافها.

ومن ثم تكون الفقرة المطعون عليها مخالفة لأحكام المواد ٤١، ٦٧، ٦٩، ٨٦، ١٦٥ من الدستور<sup>(١)</sup>.

والقول بأن الأحكام التي تضمنها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ في شأن سريان قواعد القانون المدني على صور بنواتها من العلائق الإجارية، وإهدار كل قاعدة على خلافها، تعتبر أصلح للمتهم في مجال تطبيقها على النزاع المائل، مردود بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن اتفاق القانونين اللاحق والسابق مع أحكام الدستور، يعتبر شرطاً مبدئياً للنظر في أصلحها للمتهم. ولا كذلك الفقرة الثانية للمطعون عليها التي خلص قضاء هذه المحكمة إلى تعارضها مع بعض الأحكام التي تضمنها.

### المطلب الثاني

#### التمييز بين القرائن القانونية وإعمال المسؤولية الجنائية بطريق القياس

٦٩٢- على أن القرائن القانونية جميعها في مجال تطبيقها في النطاق الجنائي - تنفرض إعفاء سلطة الاتهام، من تقديم الدليل على وقعة لا تقوم الجريمة إلا بها.

ويظل التدليل على الجريمة في باقي عناصرها، واجبا أصيلاً على هذه السلطة تتولاها بنفسها وبوسائلها. ولا كذلك أن تكون المسؤولية الجنائية لشخص معين، تحميلاً على المسؤولية الجنائية لغيره، إذ لا يتصل ذلك بالقرائن القانونية في قليل أو كثير. وإما تتمحض المسؤولية

(١) انظر كذلك في عدم دستورية افتراض القصد الجنائي، قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية، الصادر عنها بطمسها المعقودة في ١٦ فبراير ١٩٩٦، والمنشور في ص ١٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

الجنائية في هذا الفرض عن مسئولية بطريق القياس. ذلك أن المتهم إذ يعتبر مسئولاً جنائياً عن جريمة بعينها، لمجرد أن غيره قد ارتكبتها؛ فإن هاتين المسئوليتين لا تكونان منفصلتين أو مختلفتين. وإنما تكون مسئوليته هو عن الجريمة، ملحقه بمسئولية غيره بشأنها لتقوم معها وتزول بتخلفها.

وتقدم لنا القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" خير مثال على ذلك. فقد اتهم بعض المسئولين عن النشر في جريدة حزبية بأنهم نسبوا إلى وزير البترول والثروة المعدنية - عن طريق النشر في جريدة حزبية - أموراً أو قام الدليل عليها لكن واجباً عقابه، باعتبارها تشكل في حق جرائم الرشوة والترفيع والإضرار بالمال العام؛ وكان ذلك بمسوء قصد منهم؛ وبغير تكليل من جانبهم على حقيقة كل فعل نسبوه إلى المضروب من النشر.

وإذ كان الاتهام الجنائي قد شمل رئيس الحزب الذي يملك الجريدة، فقد دفع رئيس الحزب بعدم دستورية المادة ٢/١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، والتي تنص على أن يكون رئيس الحزب مسئولاً مع رئيس تحرير صحيفة الحزب عما ينشر فيها".

٦٩٤- وهذه الفقرة هي التي قضى بعدم دستورتها تأسيساً على ما يأتي<sup>(١)</sup>.

أولاً: أن رئيس الحزب يعد مسئولاً وفقاً للنص المطعون فيه بوصفه شخصاً طبيعياً، وليس باعتباره نائباً عن الحزب الذي يمثله قانوناً في التعاقد، وكذلك في علاقاته بالغير، وأمام القضاء. ومسئوليته هذه لا تقوم "منفردة" لخصائص تتعلق بها؛ ولا ترتبط بأعمال محددة تقوم عليها؛ بل انضماماً إلى مسئولية غيره لتقارنها، وتصاحبها، فلا تنفصل عنها.

ذلك أن مسئولية رئيس التحرير عما ينشر في الصحيفة الحزبية؛ لا ينظمها إلا نص المادة ١٩٥ع التي تقضي بأنه "مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية بالنسبة لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسئول عن قسمها الذي حصل فيه النشر - إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير - بصفته فاعلاً أصلياً للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته".

(١) انظر القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٢ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٤٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومن ثم تقوم مسئولية رئيس الحزب التي رتبها النص المطعون فيه، مع مسئولية رئيس التحرير، وإلى جانبها، لتكون لها ملاحمها ومقوماتها.

ثانياً: أن النص المطعون فيه - وإن كان عقابياً - إلا أنه خلا من بيان الأفعال التي أشمها في شأن رئيس الحزب، والتي يعتبر إتيانها لها واقعاً في دائرة التجريم. وإنما جعل مسئولية رئيس التحرير الجنائية - وفي الحدود المنصوص عليها في المادة ١٩٥ ع - أصل تنفرع عنه مسئولية رئيس الحزب - المدعى في الخصومة الدستورية - جنائياً. وجاء بذلك مخالفاً للدستور، ذلك أن شخصية العقوبة المنصوص عليها في المادة ٦٦ من الدستور، تفترض شخصية المسئولية الجنائية، فلا يزر للشخص غير سوء عمله، ولا يؤخذ بجريرة الجريمة إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، ولا يكون مسئولاً عن الجريمة، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

ثالثاً: أن تحديد الأفعال التي كان ينبغي أن تقوم عليها الجرائم محل الاتهام الجنائي، ضرورة يقتضيها اتصال هذه الجرائم بمباشرة الصحافة للمهام التي ناطها الدستور بها. وتوجبها مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابيتها القضائية، التي تنصل على ضوئها فيما إذا كان الفعل الموثم قانوناً في نطاق جريمة النشر، ينال من الدائرة التي لا تنتص حرية التعبير عن الآراء إلا من خلالها، أم يعتبر مجرد تنظيم لتداول هذه الآراء بما يحول دون إضرارها بمصلحة حيوية لها اعتباراً. ذلك أن الدستور كفل للصحافة حريتها بما يحول - كأصل عام - دون التدخل في شؤونها، أو إرهابها بقيود تؤثر في رسالتها.

رابعاً: أن النص المطعون فيه، مؤداه أن جرائم النشر التي تقع من خلال الصحيفة الحزبية، تتعلق أساساً بابتداء ورئيس التحرير؛ وبالمدعى إلحاقاً كرئيس للحزب الذي يملك تلك الصحيفة - وبوصفهما فاعلين أصليين لها. وإذا كان هذان المتهمان مجابيهين بهذه الجرائم بافتراض أن لهما دوراً في إحداثها، وأنها عائدة إلى تخطيطهما عن واجباتهما فقد غدا لازماً أن يكونا متكافئين في وسائل دفعهما. غير أن النص المطعون فيه، جرد رئيس الحزب من وسائل الدفاع التي يقبل بها التهمة المنسوبة إليه، واكتفى بأن تنال النيابة العامة على مسئولية غيره ممثلاً في رئيس التحرير، لتقوم المسئولية الجنائية لرئيس الحزب ترتيباً عليها، وفي إطارها.

وهو ما يحثي أن رئيس الحزب صار - في نطاق مسئوليته الجنائية الشخصية - تابعاً لغيره في أمر يرتبط بحريته الشخصية التي لا يجوز تقييدها بأفعال يكتفي بها الآخرون، ويكون مصيره معاقباً عليها. وأية ذلك أن للنص المطعون فيه يقيم المسئولية الجنائية لرئيس الحزب

فى الحدود التى تنهض بها المسئولية الجنائية للشخصية لرئيس التحرير. فإن هو هدمها، أفساد رئيس الحزب من سقوطها، وإلا تحمل تبعاتها كاملة، وهو ما يعتبر تمييزاً جائراً بين المتهمين فى مجال الحقوق التى يتمتعون بها وفقاً للدستور، وعلى الأخص على صعيد محاكمتهم بطريقة منصفة فى مقوماتها وضوابطها، تنكفاً من خلالها فرصهم فى مواجهة الاتهام الجنائى ونفيه، مما يخل بمساواتهم أمام القانون وفقاً لنص المادة ٤٠ من الدستور.

خامساً: أن المسئولية الجنائية التى قررها النص المطعون فيه فى شأن رئيس الحزب، هى فى حقيقتها نوع من المسئولية بطريق القياس Punishment by analogy، فقد ألحق المشرع مسئولية رئيس الحزب بمسئولية رئيس التحرير، وربطها بها، وجعلها من جنسها، وأقامها من نسجها، وأضافها إليها لكتبتها ثبوتاً ونفيًا، وليحيلها إلى مسئولية مفترضة فى كسل مكوناتها وعناصرها.

فلا تقوم الجريمة بها بناء على أفعال محددة فصلها المشرع (Material element)، ناهيئاً رئيس الحزب عن إتيانها بما لا غموض فيه، ولا على إرادته الواعية (Mental element)، التى تنل على توجهها وجهة إجرامية بذاتها، لبلوغ أغراض بعينها.

وإنما جعل المشرع مسئولية رئيس التحرير دون غيرها، موطناً لمسئولية رئيس الحزب، ودليلاً عليها. بل وبدلاً عن ثبوتها، تنهض معها وتزول بزوالها. بما يؤكد تضام هاتين المسئوليتين، وأنها فى حقيقتهما مسئولية واحدة، هى تلك التى تقوم فى شأن رئيس التحرير، وحملًا عليها.

سادساً: أن المسئولية الجنائية لرئيس الحزب لا يتصور تقريرها إلا بناء على افتراض مؤداه، أن الصحيفة الحزبية زمامها بيده، يستقل بأمورها ويهيمن عليها، وأن إهمالاً وقع منه فى مجال تقييم ما ينشر بها. وهو افتراض لا يستقيم وطابع الأشياء، وتباين العدالة الجنائية وبناهاض مقوماتها وقواعد إدارتها. وذلك من وجهين:

أولهما: أن هذا الافتراض يعنى ألا تنشر مادة فى الصحيفة الحزبية إلا بعد عرضها عليه، ليقوم بتقييمها وفقاً لمعايير ذاتية يستقل بتقديرها ومراجعتها، ويحرر من خلالها عن توجهه الخاص، لينفرد بالصحيفة الحزبية محدداً إملاء ما ينشر فيها، ومن ثم يغدو اختصا لص رئيس التحرير منعماً فى نطاقها، وتصير مسئوليته عنها لغواً.

وهو ما يناقض التنظيم العقلي القائم على أن مسؤولية رئيس التحرير وفقاً للنص المطعون فيه، هي الأصل، وإن إثباتها مؤداه أن تنهض معها -بقوة القانون- مسؤولية رئيس الحزب التي تنفرع عنها.

ثانيتهما: أن هذا الافتراض لو صح في رئيس الحزب، لكن مؤداه أن تقوم مسؤوليته الجنائية استقلالاً عن غيره، ولصار لازماً أن يتولي بنفسه مراقبة مادة النشر في كل جزئياتها، وأن يتخلى بذلك عن واجباته الحزبية التي تقتضيه العمل على أن يكون حزبه أعرض قلعة، وأكثر نفوذاً، ولبعد تطوراً، وأعمق فهماً لأمال أنصاره وطموحاتهم.

سابعاً: أن إبطال المحكمة الدستورية العليا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، مؤداه تجريدها من قوة نفاذها، وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها منذ إقرارها، واستتاع متابعة الاتهام الجنائي بمناسبة تطبيقها.

وكنك فسم العلاقة التي فرضتها هذه الفقرة بين مسؤولية رئيس الحزب الجنائية، ومسؤولية رئيس التحرير، فلا يمتزجان أو يتضامان.

### المطلب الثالث

#### قرائن قانونية مخالفة للدستور لخروجها على الأصل في الأشياء

#### فروع وحيد

#### مناط مسؤولية من يحرض للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسان

٦٩٥- فصل القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها، الأحوال التي يقوم بها عوار مؤد إلى تلفها، ويكون مانعاً من تداولها، وقاطعاً بانتفاء صلاحيتها لاستهلاكها آدمياً، وهي أحوال حنדהا هذا القانون حصراً.

وإذ قد أحد المتهمين إلى المحاكمة الجنائية لعرضه للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسان [حوماً] مع علمه بذلك، وكان المحضر الذي حرره مأمور الضبط القضائي يتضمن عرضه للبيع لهماً نبح خارج للمجزر العام، واعتبر لذلك غير صالح آدمياً للتناول، عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦؛ فقد طعن المتهم على هذه الفقرة طالباً الحكم بعدم دستوريته.

وقد أجابته المحكمة الدستورية العليا إلى طلبه، وقام حكمها في ذلك على مايلي:

أولاً: الأصل في الأغذية على اختلافها، هو خلوها من أضرارها؛ فلا تخرج عن طبيعتها لغير أمر عارض يصيبها في مكوناتها، بما يغير من تركيبها وخواصها الطبيعية. وهذا العارض ليس إلا صفة تطرأ عليها، ومن ثم يفترض تخلفه لا وجوده. إذ الأصل في كل صفة عارضة، هو الحزم. ولا يجوز بالتالي أن تفترض النصوص القانونية عواراً اتصل بالأغذية، وافقدها صلاحية استهلاكها آدمياً، إذ ينقض هذا الافتراض الأصل فيها وهو سلامتها لا تعييبها. وهو أصل لا يجوز أن ينهدم إلا بدليل من الوسائل العلمية ذاتها يوفره أهل الخبرة.

ثانياً: إذ يفترض المشرع بالنص المطعون فيه، أن عدم ختم أجزاء اللحوم التي يعرضها أصحابها للبيع، بخاتم المجزر العام، مؤداه تلفها ويقتضى إعدامها؛ وكان هذا الافتراض مبناه قرينة قانونية أحل المشرع بمقتضاها ولقعة عدم ختم أجزاء الذبائح بخاتم المجزر العام، محل ولقعة قيام عارض بها تنتهي به صلاحية استهلاكها آدمياً وهي الواقعة التي كان يتعين أن يدور الدلائل حولها لإثباتها أو نفيها- فإن القرينة التي أحدثها المشرع في النطاق المتقدم، تكون مجافية لأصل خلو الأغذية جميعها من الموارض التي تعييبها.

وهي تحي كذلك السلطة القضائية عن اختصاصها المقرر في شأن التحقق من قيام كل جريمة تفصل في ثبوتها أو نفيها على ضوء أركانها التي حددها المشرع. فضلاً عن إغنائها النيابة العامة من واجبها في تقديم الدليل على وقوع الجريمة التي تدعيها، وإهداراً للحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقاً طبيعياً<sup>(١)</sup>.

#### المطلب الرابع

#### قرائن قانونية مخالفة للدستور لتعديها على الحق في الملكية

٦٩٦- كان المدعى في الخصومة الدستورية، قد أقام دعواه الموضوعية أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ضد مصلحة دمج المصوغات والموزين، طالبا إلزامها بدفع المشغولات الذهبية التي كان قد قدمها لها، مع استعادته لدفع الرسوم المقررة عليها. ثم دفع

(١) انظر ذلك القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ - قاعدة رقم ٤٣ - من ٦٨٦ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بحكم دستورية المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة التي تنص على ما يأتي<sup>(١)</sup>:

<<إذا كانت المعادن وغيرها مما هو منصوص عليه فيه، ولردة من الخارج، فلا يجوز سحبها من الجمارك أو البريد، إلا إذا كانت منموجة بدمغة أجنبية معترف بصحتها وفقاً للمادة الثانية من هذا القانون.

إذاً قدمت إلى مصلحة دمع المصوغات والموازين مباشرة، وجب على مقدم هذه الأصناف إثبات دخولها البلاد بطريقة مشروعة.

إذاً لم يتم ذلك وجب على المصلحة قبل قيامها بفحصها وتحديد عيارها ودمغها، إبلاغ الأمر لجهات الاختصاص مع التحفظ على الأصناف المشار إليها، وإثبات شخصية مقدمها لحين التصرف فيها بمعرفة الجهات المذكورة>>.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون، أنه نظراً لورود مشغولات أجنبية منع مواطنين مصريين إلى مصلحة دمع المصوغات والموازين لفحصها ودمغها مما يؤثر للشبهات حول مصدرها، ومما يحتمل معه "ارتكاب جريمة من جرائم التهريب الجمركي" لعدم ورودها من الخارج عن طريق الجمارك أو البريد، وحرماً على الصالح العام، فقد نصت المادة ١٥ من المشروع على أنه يجب على المصلحة المذكورة إبلاغ جهات الاختصاص فوراً بذلك، مع التحفظ على كل ما يقدم إليها من هذا القبيل، وإثبات شخصية مقدمها، لحين التصرف فيها بمعرفة هذه الجهات.

٧٠- وقد قضى بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة، وذلك فيما تضمنه من النص على عدم دمع المعادن الثمينة والمشغولات والأصناف والأحجار التي تسرى عليها مادته الأولى، والتصرف فيها بمعرفة جهات الاختصاص<sup>(٢)</sup>. وذلك تأسيساً على:

(١) حددت المادة الأولى من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة- المعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٧ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٤- المعادن الثمينة والمشغولات والأصناف والأحجار التي تسرى عليها أحكامه.

(٢) انظر في ذلك القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٧/٧/٥- قاعدة رقم ٤٨- ص ٧٧١ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

أولاً: أن القواعد الجهرية التي تدار العدالة الجنائية على ضوءها، لا يجوز تطبيقها إخلالاً بالأغراض النهائية للقوانين الجزائية، التي ينالها أن يبدن المتهمون بغير جريمة، أو وفق أدلة لا تحيل محكمة الموضوع بصرها فيها، ولا تبلغ منها قوة الإقناع التي تطمئن معها إلى نسبة الجريمة لفاعلها.

ثانياً: أن اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتحديد عقوباتها، لا يدخلها التدخل في المجال الجنائي لفرض قرائن قانونية تتفصل عن واقعها، ولا تربطها علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها. إذ لا يعدو ذلك منها، أن يكون إخلالاً لإرادتها محل السلطة القضائية، لتجنيها عن وظائفها الأصلية في تحقيق الدعوى الجنائية وتقدير أدلتها في شأن جريمة بذاتها لا يتصور إسنادها لفاعلها إلا بعد توافر ركنها بالشروط التي تطلبها المشرع فيها.

ثالثاً: أن النص المطعون فيه، موداه أن التقدم مباشرة إلى الجهة الإدارية المختصة بمشغولات ذهبية لفحصها وتحديد عيارها ودمغها، يفترض دخولها إلى مصر عن غير طريق البريد أو المنافذ الجمركية. وهو ما يعني تهريبها إليها. حال أن تقديمها مباشرة إلى الجهة الإدارية المختصة من أجل دمجها، لا يفيد بالضرورة عبورها الحدود الإقليمية لجمهورية مصر العربية عن غير طريق منافذها التي ترصد في محيطها البضائع الواردة، وتقدر مكوسها.

كذلك فإن عدم تقديم حائزها للدليل على دخولها إلى مصر بطريق مشروع، لا يفيد سبق تهريبها، بنشاط أثناء، ولا علمه بتهريبها لو أن غيره كان مسئولاً جنائياً عن التحايل على النظم الجمركية المعمول بها.

ذلك أن المعادن الثمينة، شأنها شأن غيرها من البضائع الواردة، تحكمها قاعدة مبدئية مفادها أن البضائع التي يتم التعامل فيها فيما وراء الحدود الخارجية للدوائر الجمركية، يفترض مرورها عبرها، وتحصيل مكوسها أثناء وجودها في نطقها، ثم خروجها منها بعد استيفائها لإجراءاتها.

يؤيد ذلك أن جريمة التهريب الجمركي من الجرائم المعدية التي لا يجوز افتراضها، ولا تتوافر أركانها إلا بإرادة ارتكابها. ولا تعتبر الشبهة التي تحيطها، عملاً مادياً أثناء جان، ولا اتهاماً جنائياً تتماثل فيه القرائن، بل تصوراً راجحاً أو مرجوحاً، وهي بذلك إلى الظن أنخل،

وإلى التوهم أدنى، ومن اليقين أبعد. ولا محل بالتالى لإسنادها إلى من يتعاملون فى بضائع فيما وراء الحدود للخارجية للدائرة الجمركية. ذلك أن نقلها بعد خروجها منها، وكذلك حيازتها ممن لا يقوم الدليل على اتصالهم بتهريبها، عمل جائز قانوناً. وللقول باحتمال أن يكون حائزها عندئذ مهرياً، ادعاء بلا دليل، لا ينفى لفراض البراءة، ولا يجهض ما هو مفترض من سبق أداء مكوسها.

رابعاً: أن أصل البراءة مفترض فى كل منهم، فلا يجوز أن يهدم إلا بدليل جازم مستتب من عيون الأوراق وبموالين الحق، وعن بصر وبصيرة.

وإذ كان أصل البراءة يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، ولا يتعلق بطبيعة أو خطورة الجريمة موضوعها، ولا بنوع أو قدر عقوبتها؛ وكان هذا الأصل ينميط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التى تسبقها وتؤثر فيها؛ وكان النص المطعون فيه قد أجاز فرض قيود فى شأن المعادن الثمينة موداها غل يد حائزها -الذين لا يقيمون الدليل على دخولها إلى مصر بطريق مشروع- عن تداولها سواء من خلال تحفظ جهات الاختصاص عليها، أو بمنعها أصحابها من التعامل فيها؛ وكان المفترض فى هؤلاء الحائزين، أنهم أسوياء استصحاباً لأصل برائتهم، شأنهم فى ذلك شأن غيرهم من المواطنين الذين يظلم جميعاً هذا الأصل، فلا ينفى إلا بحكم يكون باتاً؛ فإن النص المطعون فيه، يكون بذلك متضماً تمييزاً غير مربر بين أولئك هؤلاء، ومخالفاً بالتالى لنص المادة ٤٠ من الدستور.

خامساً: أن الدستور -إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتوكيداً لإسهامها فى صون الأمن الاجتماعى- كفل حمايتها لكل فرد -وطنيا كان أم أجنبياً- ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفى الحدود التى يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة -فى الأمم من الأحوال- إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعمق والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إيمانها، وأحاطها بما قدره ضرورياً لصونها.

سادساً: أن السلطة التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الملكية لضبطها وفقاً لوظيفتها الاجتماعية، حددها قواعد الدستور؛ فلا يجوز أن ينال المشرع من عناصرها؛ ولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها؛ ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها؛ أو يقيد من مباشرة الحقوق التى تنفرع عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية. ودون ذلك تفقد الملكية الخاصة ضماناتها الجوهرية التى كفلها الدستور بالمادتين ٣٢ و٣٤، ويكون العدوان عليها غصباً ولقطة على كيانها، أدخل إلى مصادرتها.

سابعاً: أن القيود التي يفرضها النص المطعون فيه على أموال المخاطبين بأحكامه، ليس  
مدخلها الاتفاق، بل مصدرها نص القانون. وهي بعد لا تقتصر على حرمانهم من إدارة  
 أموالهم، بل تتعداها إلى منعهم من التعامل فيها.

وفي كل ذلك تتل هذه القيود من ملكيتهم، وتقوض أهم خصائصها، لتكون في  
 مضمونها وأثرها- صورة من صور للحراسة يفرضها المشرع عليها بعيداً عن صدور حكم  
 قضائي بها- بالمخالفة لنص المادة ٣٤ من الدستور التي تنص أن تكون الملكية لأصحابها  
 يباشرون عليها كل الحقوق المقررة عنها، لتظل أيديهم متصلة بها، لا تغل عنها، ولا ترد عن  
 حفظها وإدارتها، بل يحيط ذورها بها، وبأشكال من التعامل بقدر ملاءمة الدخول فيها،  
 وكان هذان الإجراءان سهماً للحفاظ على المشغولات الذهبية إلى أن تباشر جهة الاختصاص  
 تصرفها فيها- مترتبين على افتراض المشرع تهريبها، وينتهيان إلى غل يد مالكيها عن إدارتها  
 والتعامل فيها، فإنهما بذلك يمثلان عدولاً على الملكية الخاصة التي كفل الدستور صونها.

الفصل الثالثامتناع الإخلال بالحقوقالتي كفلها الدستور للمشتبهين والمتهمينالمبحث الأولضمان الحق في الحصول على مشورة محام<sup>(١)</sup>

٦٩٧- ثمة روابط حقيقية وأصلية بين حق المتهم في الاستماع إليه، وبين أن يتم هذا الاستماع عن طريق محاميه في وجوده. ويتعين بالتالي أن يوفر المشرع الفرص الحقيقية التي يؤمن بها محاميا بتولي الدفاع عن المتهم.

فإذا كان المتهم من المعوزين الذين لا يملكون مالا كافيا يدفعونه أتعابا لمحاميهم، فإن على المحكمة أن توفر لهم محامين يندبون من قبلها Appointed Counsel للدفاع عنهم<sup>(٢)</sup> وسواء كان المحامي معينا أو مأجورا<sup>(٣)</sup>، فإن الحق في الحصول على مشورة محام يعتبر صمام أمن يكفل لكل متهم ضمانته للحق في الحياة، وفي الحرية، وفي الملكية. ويدونه لن تتحقق للعدالة مفاهيمها أو متطلباتها. ولا يجوز بالتالي أن توفره المحكمة في زمن دون آخر، أو في أوضاع غير ملائمة يعجز معها المتهم عن مواجهة التهمة بطريقة فعالة.

ذلك أن المتهمين يكونون عادة من أوساط الناس الذين لا يدركون الحقائق القانونية الكافية التي تعينهم على مواجهة الاتهام. فإذا أدركوها في بعض جوانبها، فإن معرفتهم بها تكون قاصرة لا تؤهلهم لإعداد دفاع مقنن، وعلى الأخص بالنظر إلى تعدد بعض صور الاتهام أو خفاء جوانبها أو تشابكها، أو حتى اضطرابها، فلا يستقيم فهمها لغير رجال القانون الأعمق خبرة. وما لم يسقط المتهم حقه في الحصول على مشورة محام عن بصر وبصيرة Competently and intelligently waived، فإن هذا الحق يظل قائما.

ذلك أن أقل الأضرار مساسا بالحرية الشخصية، شأنها شأن أسوأها وقعا عليها. كلاهما ينال من مركز المتهم بين أهله، وفي إطار الجماعة التي هو من أفرادها.

ولا يجوز كذلك ربط ضمانته للدفاع بالأوضاع الخاصة التي تحيط ببعض الجرائم، وحجبها بالتالي عن سواها. إذ لو صح هذا النظر لصار إعمال هذه الضمانة أو رفعها، عملا

(١) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

(٢) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

انتقائيا قائما على التحكم، وعلى نوع من التقييم لأهمية أو لضرورة الدفاع في دعوى بذاتها. وهو ما ينطج تقديرا شخصيا من المحكمة في مسألة لا شأن لها بها، بحكم اتصالها المباشر بالحق في استعمال هذه الضمانة أو إسقاطها، وهو حق يختص به المتهم دون غيره.

٦٩٨- ومن المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن الناس لا يتميزون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي؛ ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عنها؛ ولا في فعالية ضمانة الدفاع التي يكفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي يدعونها؛ ولا في اقتضاها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها. بل يجب أن يكون للحقوق عينها، قواعد موحدة، سواء في مجال التقاضي بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استئنافها، أو الطعن في الأحكام التي تنطق بها.

وضمانة الدفاع مطلوبة في المسائل المدنية والجنائية، ولكنها أكثر وجوبا في المسائل الجنائية. ذلك أن الوسائل التي تملكها سلطة الاتهام في مجال إثباتها للجريمة تدعما موارد ضخمة يقصر المتهم عنها؛ ولا يوازنها إلا افتراض البراءة مقرونا بدفاع مقدر، لضمان ألا يدان متهم عن جريمة اتهم بارتكابها، ما لم يكن الدليل عليها مبررا من كل شبهة لها أساسها.

ولا يجوز بالتالي إسباغ الشرعية الدستورية على نصوص عقابية لا تتكافأ معها وسائل الدفاع التي أتاحها لكل من سلطة الاتهام ومتهمها. فلا تتماثل أسلحتهم بشأن إثباتها ونفيها.

٦٩٩- وما نص عليه الدستور في المادة ٦٨ من ضمان حق الدفاع -سواء من خلال الأصلاء فيه أو عن طريق موكلهم- يفترض ألا يكون دور المحامين شكليا أو رمزيا. بل فاعلا، فلا يعاق.

ذلك أن الدستور كفل الحرية الشخصية واعتبرا من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها من خلال تنظيمها. وتفرض للقوانين الجزائية على هذه الحرية أكثر القيود وأبلغها خطرا. ويتعين بالتالي أن تكون ضمانة الدفاع أداة موازنة هذه الحرية بالقيود عليها، حتى لا ترق الحرية الشخصية من خلال نظم جائزة لا تكفل لها الحد الأدنى من ضماناتها.

ويؤيد ما تقدم، أن المتهمين من أوساط الناس Laymen يختلفون في فهمهم للقانون عن المحامين المدربين الذين يرتبون حججهم وأوجه دفاعهم، ويقفون على ما نقص في أوراق التحقيق، وعلى أوجه اضطرابها، ويدركون كذلك تناقض شهود الجريمة في أقوالهم، أو تلونهم خوفا من السلطة أو تحاملهم على المتهم بالنظر إلى خصائص الجريمة التي ارتكبها أو كرد فعل لتقبل الجماهير لها أو غضبهم منها، أو لضغائن سابقة أو لمصلحة يرجونها.

كذلك ينفذ المحامون إلى كل شفرة في النصوص القانونية ذاتها، ويفيدون من كل حق مقرر بها، ويناقشون أوضاع الجريمة وظروفها خاصة المخففة منها، ويقدمون من أوجه الدفاع أكثرها لمصلحة المتهم، ومن الأعداء ما يطفون به من سوء الجريمة<sup>(١)</sup>، ويعرضون نقاء سريرة المتهم وحسن ماضيه قبل ارتكابها، ويقفون على بطلان كل دليل يثبتها.

فإذا لم يمثل محام للدفاع عن المتهم، تحذر القول بأن دعواه تم عرضها بصورة ملائمة.

وكثيرا ما يبدو المتهمون الذين يتولون الدفاع عن أنفسهم، وكأنهم مدانون، فلا يكون حضور محامين عنهم غير ضمان للحرية المنظمة، وضرورة تقضيها حقائق العدل، وواجبا لا ترفا، يؤيده أن الدولة تحين أعضاء النيابة للدفاع عن مصلحة مجتمعها في القصاص من الجناة. والمتهمون يكلفون محامين يدفعون أتعابهم، بالدفاع عنهم. وهؤلاء وهؤلاء لا تقوم بدورهم محاكمة منصفة في كافة الدول المتحضرة، ويقفون أمام القانون متكافئين في الحقوق. وإلى جانبهم المحامون الذين تعينهم المحكمة للموزين من المتهمين<sup>(٢)</sup>، ليمثل هذا الفريق المتعدد العناصر في إطار منظومة متكاملة غايتها أن تكون الحقيقة -وعلى الأقل في صورتها- للراجحة -مدخلا للحكم الصادر في الجريمة، سواء بإثباتها أو نفيها.

وبغير المحامين فإن مخاطر الإخلال بالحرية الشخصية وبالحق في الحياة التي يتهدد بها المتهمون بجناية، تكون وخيمة عواقبها.

ويتعين بالتالي التمييز بين الجرائم التافهة Petty offences التي لا يشترط وجود محام فيها؛ وبين الجرائم الخطيرة Non-petty offences التي يكون تقييد الحرية الشخصية فيها أو الحكم بغرامة كبيرة في شأنها، احتمالا لرجحان بغض النظر عن نوع العقوبة أو المدة المقررة لها في قانون الجريمة<sup>(٣)</sup>.

ولئن صح القول بأن جرائم المرور تدخل في إطار الجرائم التافهة، إلا أن الجرائم الخلقية جميعها كالسرقة وخيانة الأمانة، ومواقعة امرأة بالقوة، وخطفها، وجرائم الإخلال بالعرض بوجه عام، تعتبر جرائم خطيرة يتعين حضور محام فيها عن المتهمين بها.

(١) فلو قتل رجل امرأة، فإن المحامي قد يتمكن أمام المحكمة بأن قتلها كان اندفاعا عاطفيا غلب المتهم على أمره.

(٢) Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 355 (1963).

(٣) Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972)

بقرار الحكم الصادر في هذه القضية، أن الجرائم البسيطة التي لا تقيد فيها الحرية الشخصية أو التي تكون الغرامة المقررة لها نكالية، لا تستوجب حضور محام.

بل إن حضور محام في هذا النوع من الجرائم، يعتبر أكثر أهمية من محاكمتهم أمام هيئة محلفين<sup>(١)</sup>.

وللمعوزين كذلك الذين يرغبون في الطعن استئنافا علي الحكم الصادر ضدهم، حق في الحصول من الدولة -علي نفقتها- علي كافة أوراق الحكم المطعون فيه ومحاضر جلساته التي تعينهم علي إعداد الطعن. ذلك أن مساواتهم بالقادرين لا يجوز أن تختل بناء علي الثروة التي يملكها كل فريق منهم<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن تكافؤ الفريقين في الحقوق يقتضي أن يكون لكليهما حق في الحصول علي عون محام يعمل جاهدا علي هدم الحكم المطعون فيه، ويسقط بالتالي العقوبة التي قضي بها. فضلا عن أن حضور المحامي، يعتبر حقا في المرحلة الحرجة للوقعة بين القبض علي المتهم وانهامه فعلا. وحق المتهمين في ذلك حق مطلق، وعلي الأخص أثناء استجوابهم من قبل الشرطة. بل إن حضور المحامين عنهم أو معهم، يعتبر إجراء فعلا وملتما لحمل رجال الشرطة علي الاتصايع في تصرفاتهم لحكم الدستور والقانون<sup>(٣)</sup>.

وعلي القائلين بالتحقيق أن يخطروا الأشخاص الذين يشتبهون فيهم، بأن من حقهم أن يظلوا صامتين إلي أن يحضر محام يمثلهم، وعلي الأخص خلال استجوابهم ليس فقط عن طريق الأسئلة التي يوجهها إليهم رجال الشرطة، وإنما كذلك من خلال غيرها من الوسائل التي تنتزع اعترافهم، والتي يعرفون أو ينبغي عليهم عقلا أن يطموا بأنها علي الأرجح تحصلهم علي الإدلاء بالقول تكديهم<sup>(٤)</sup>.

٧٠٠- ولئن كان للمشرع حق تحديد القواعد الإجرائية التي تفصل المحكمة علي ضوئها في الاتهام؛ وأن يغير كذلك في صورها على ضوء الأوضاع التي تواجهها، والأشخاص الذين تنطبق عليهم، وواقعاتها التي تنطبق بها؛ إلا أن شرط هذا التحديد أو التقييد، ألا يكون منتهيا إلى تمييز غير مبرر بين المخاطبين بها، ولا إلى التفریق بينهم في ضماناتهم، وعلي الأخص تلك التي تنطبق بحقوق الدفاع.

ذلك أن كل قاعدة إجرائية ينظم بها المشرع الفصل في الاتهام الجنائي، ينبغي أن تؤمن لكل منهم، ما يتصل بها من الحقوق الموضوعية التي يتحرر بها من طغيان السلطة، أو إساءة استعمالها.

(١) Scott v. Illinois, 440 U.S. 367 (1979).

(٢) Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956).

(٣) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

(٤) Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980).

وليس ثمة قاعدة أكثر ثباتاً وأعمق جذوراً من ضرورة أن يكون الاتهام الجنائي معرفاً بالتهمة بصورة كافية، وأن يبين أدلتها، فلا يخفيها أحد عن المتهم المقصود بها؛ وأن يتوافر لكل متهم الفرص المعقولة التي يمرض من خلالها وجهة نظره في شأن الجريمة العالقة به.

وإذا كان من غير المقبول دستورياً، أن يدان شخص عن جريمة لم يتهم بارتكابها؛ فإن المبدأ الكامن وراء هذه القاعدة، يعمل بالقوة ذاتها في شأن كل اتهام بلا دفاع.

٧٠١- وصار حق الدفاع وثيق الصلة بالخصومة الجنائية من ناحية تجلية جوانبها. وتصحيح إجراءاتها ومتابعتها، وعرض الجريمة التي بسطها الاتهام من جهة توافق الادعاء بارتكابها مع المنطق، أو توافر نموذجها وفقاً للقانون. والدفاع بذلك يعمل دأباً على بيان وجه الحق في الجريمة المدعى بها؛ متعباً كل حجة تطرحها سلطة الاتهام لإثباتها؛ منقصباً أدلتها على ضوء جوازها قانوناً، وإمكان الاستدلال عقلاً بها؛ مفاضلاً بين بدائل متعددة يقرر على ضوئها خطوط الدفاع عن المتهم، مع دعمها بما يكون لازماً من الأوراق؛ متخذاً في ذلك طرائق مختلفة، تتحدد أولوياتها على ضوء أوضاع الخصومة الجنائية، ومراحل سيرها، ومفاجأتها؛ مهتلاً كل الفرص التي يدعم من خلالها مركز المتهم ويقيه، وعلى الأخص كلما كان الاتهام الجنائي متعدد العناصر ومتشابهاً، تتداخل فيه نقاط قانونية. بالغة التعقيد لا يحيط بها غير رجال القانون في أعرق خبراتهم.

والدفاع في كل ذلك، لا يكون فعالاً بخير مهلة معقولة لإعداده؛ ولا مفتحاً بغير إنياء المتهم بالشهود والوثائق التي أعدتها سلطة الاتهام للتكليل على الجريمة وإثباتها؛ ولا مفيداً إذا لم يكن الحق في مناقشتهم، ثابتاً؛ ولا جدياً إذا لم يستطع الدفاع - من خلال وسائل إجرائية إلزامية - أن يؤمن لمصلحة المتهم الشهود الذين ينفون الجريمة، وينتقونهم وفق اختياره أيما كان موقعهم من الجهة التي يعملون بها؛ ولا صلياً إذا حرم الدفاع من الاطلاع على كافة الأوراق التي تعضد بها النيابة موقفها من المتهم؛ ولا عدلاً إذا عزل المتهم عن الاتصال بمحاميه، سواء حرم من الاتصال به - بطريق مباشر أو غير مباشر - في مرحلة الفصل في التهمة؛ أو قبلها، أو عند الطعن في للحكم الصادر فيها.

بل إن حق الدفاع يكون غائباً إذا تحصر في مرحلة الخصومة الجنائية، دون مراحل التحقيق التي تسبقها، والتي يكون المتهم أثناءها متخوفاً من بأس السلطة وبطشها، ومحاولتها للتأثير في تماسكه، وكأن بدأ أن تراجعها فيما تقبل، أو تعارض تصرفها المناقض للقانون، خاصة وأن أمر التحقيق لا يتعلق بجريمة قام الدليل عليها، وإنما بجريمة لازال الغموض يحيط بمرتكبها وبظروفها وببواعثها. فلا يكون للماتلون في التحقيق غير مشبهين، يلاحقهم

القائمون بالتحقيق بأساليبهم ويتحفظون عليهم بما يقيد حريتهم الشخصية. وقد يسمونهم عذابا لا قبل لهم به، أو يعرضونهم لضغوط لا يقرون على احتمالها فتتهار إرذلتهم.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن "ضمانة الدفاع يقتضيها أن حضور محام عن المتهم، أو معه، كثيراً ما يكون ضرورياً كردع لرجال السلطة العامة، إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون، مطمئنين إلى غفوة الرقابة عليهم أو غيابها.

ومن ثم لا تقتصر القيمة العملية لضمانة الدفاع على مرحلة المحاكمة وحدها، وإنما تمتد مظللتها كذلك -رما يتصل بها من أوجه الحماية- إلى المرحلة السابقة عليها، والتي تؤثر إجراءاتها في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية بعد تحريكها، ويوجه خاص كلما أثر قبل رفعها بما يبينه عن طريق الإغواء أو الخداع؛ أو تعرض لوسائل قسرية لحمله على الإدلاء بأقوال تناقض مصلحته، بعد انتزاعه من محيطه؛ وتقييد حريته على وجه أو على آخر.

وهو ما حدا بالنسور إلى أن يخول بنص المادة ٧١ كل من قبض عليه أو اعتقل، حق الاتصال بخبره كي يبلغه بما وقع، أو للاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون، بما يعنيه ذلك من ضمان حقه في الحصول على المشورة القانونية التي يطلبها ممن يختاره من المحامين.

وهي مشورة لا غنى عنها لأنها توفر لمن يحصل عليها سباجاً من الثقة والأطمئنان. فلا يفرغ من جهة التحقيق، ولا من أية جهة أخرى غيرها يكون في قبضتها.

ذلك أن هذه المشورة هي يد محاميه التي يتمها إليه ليقبل للشبهة الإجرامية التي أحاطت به، وقيدت حريته الشخصية. ويقتضى دفعها، ألا يعزل المتهم عن الاتصال بمحاميه بما يسمى إلى مركزه، سواء كان ذلك أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله. ذلك أن الحق في الحصول على معونة محام The right to the aid of counsel من الحقوق الجوهرية التي يناقض الإخلال بها شرط الوسائل القانونية السليمة، وعلى الأخص إذا أحق الخطر بحياة المتهم وكان جاهلاً أمياً صغير السن أحاط به جهود عدائي، وكان وجود أصدقائه وأفراد عائلته الذين عزل عنهم، ضرورياً.

فضلا عن أن المتهم بجناية، غالبا ما يكون مضطربا، فلحقا على مصيره، إذا أساء عرض دفاعه، أو أعوزته الحجة القانونية للملائمة، بما يهدد حريته الشخصية بأكثر القيود عليها خطرا. وهو ما حرص نص المادة ٦٨/٢ من الدستور على توقيه بما قرره من أن يكون لكل متهم بجناية محام يدبر دفاعه ويوجهه بما يصون حقوقه. فإذا لم يكن المحامي -سعيانا أو

مأجوراً سائلاً مع المتهم، فإنه قد بدأن بناء على قرائن غير متضاربة، أو على ضوء أدلة متوافقة، أو لا يجوز قبولها، أو لا شأن لها -في مضمونها- بالجريمة المدعى ارتكابها<sup>(١)</sup>.

وكما أصر للمتهم علي أن يكون محاميه مائلاً وقت استجوابه، فإن هذا الإجراء يصير موقوفاً حتي حضوره، ما لم يبادر المتهم طواعية إلي الرد علي أسئلتهم قبل وصول محاميه<sup>(٢)</sup>. وكما زرع رجال للشرطة بعناية مخبرين في زنازن من يشبهون فيهم توصلاً للحصول منهم علي أقوال تكذبهم قبل محاكمتهم، اعتبر ذلك إخلالاً بشرط الوسائل القانونية السليمة إذا حصل المخبرون علي هذه الأقوال بالخداع، فإذا كانوا قد تحصلوا بطريقة عرضية علي بعض ملاحظاتهم في شأن الجريمة Unsolicited Remarks، جاز الأخذ بها<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الأول

#### فعالية المعونة التي يقدمها المحامي: شرط مشروعيتها

٧٠٢- وحق المتهم في الحصول علي محام في الجرائم الخطيرة، ليس حقاً رمزياً دائراً في فراغ، ولا هو شكلية نطلبها وإنما جوهره تلك المعونة الفعالة التي يتوقعها المتهم من محاميه وفق مستوياتها التي تكفلها أصول مهنة المحاماة.

The right to counsel, is the right to the effective assistance of counsel.

ويعتبر إخلالاً بهذا الحق ليس فقط مجرد تدخل السلطة بوسائل مختلفة لمصادرة حق محامي المتهم في الاتصال بموكله، أو لحمله علي أن يقدم دفاعاً غير ملائم. وإنما كذلك إذا أضر الدفاع بصورة خطيرة بمركز المتهم، سواء تحقق هذا الضرر أثناء التحقيق، أو في مرحلة المحاكمة ذاتها<sup>(٤)</sup>.

وليس كافياً لجحد فعالية دور محام، مجرد أن يكون قد أخطأ، وإنما يتعين أن يكون هذا الخطأ منافيًا بالضوابط المعقولة التي تفرضها أصول هذه المهنة فيمن يتولونها

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٤٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

- انظر إلي Powell v. Alabama 287 U.S. 45 (1932)

(٢) Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981), Oregon v. Bradshaw, 462 U.S. 1039 (1983).

(٣) United States v. Henry, 447 U.S. 264 (1980); Maine v. Moulton, 474 U.S. 159 (1985).

(٤) Geders v. United States, 425 U.S. 80 (1976).

Reasonableness under prevailing professional norms. ويفترض أصلاً قيام المحامي بمهامه هذه، ما لم ينقض هذا الافتراض بدليل<sup>(١)</sup>.

٧٠٣- ولا تتحقق فعالية المعونة التي يقدمها المحامي للمتهم، بمجرد حضوره. وليس لمحام كذلك أن يمثل متهمين تتعارض مصالحهم<sup>(٢)</sup>. ذلك أن هذا التعارض قد يمنع محامياً من الطعن لمصلحة أحد المتهمين بعدم جواز قبول دليل معين، إذا كان يقول هذا الدليل مفيداً أو مجزياً لغيره من المتهمين. كذلك لا يتكافأ دور المتهمين في الجريمة. فإذا أراد محام أن يقلص دور أحدهم، كان عليه أن يلقي باللائمة على غيره بالنظر إلى دوره الأكبر فيها. ويظل واجباً على المحكمة -إذا أثار محام ألامها موضوع التعارض المحتمل بين مصالح المتهمين المائلين أمامها- أن تحققه بنفسها. فإذا تبين لها أن وجود هذا التعارض بعيد الاحتمال، نحتة جانباً، وإلا كان عليها أن تأذن لولن تسين محامياً مستقلاً<sup>(٣)</sup>.

ولا ينال من فعالية المعونة التي يقدمها المحامي، خطأ في تحصيل واقعة الجريمة أو في بيان حكم القانون بشأنها، كلما كان هذا الخطأ غير جسيم Ordinary error. ولا يجوز كذلك نقض الحكم الصادر في الاتهام بناء على هذا الخطأ.

ويتعين دوماً تقييم فعالية المحامين في أداء واجبهم على ضوء سلوكهم. فإذا برهن المتهم على أن محاميه أتي خطأ جسيماً A serious error أثناء محاكمته بما يثير شكوكاً خطيرة حول إنصافها ومحصلتها النهائية، كان الحكم الصادر فيها معيباً<sup>(٤)</sup>. ولا كذلك خطأ محاميه إذا كان غير ذي أثر على قضاء الحكم، وهو ما يتحقق إذا كان الحكم مجرد تطبيق صحيح لحكم القانون على ضوء أوراق الخصومة القضائية وأدلتها.

وتفترض معقولة أداء المحامي لواجباته، ما لم يتم دليل على عكسها<sup>(٥)</sup>. ويتحقق هذا الدليل إذا أنزلق للدفاع إلى أخطاء جسيمة يكون من أثرها إنكار حق المتهم في محاكمة منصفة<sup>(٦)</sup>. كان بطن المحامي في الحكم الصادر ضد موكله بعد فوات ميعاد الطعن<sup>(٧)</sup>. ولا كذلك أن يكون محاميه قد أعد للدفاع خلال فترة قصيرة، أو ألا يكون من الخبراء البارزين في

(١) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

(٢) Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942).

(٣) Holloway v. Sullivan 44.6 U.S. 335 (1980).

(٤) Mann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).

(٥) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984) at 689.

(٦) United States v. Cronin, 466 U.S. 648 (1984).

(٧) Evitts v. Lucey, 469 U.S. 387 (1985).

القانون الجنائي. وإنما يكفي أن يعد الدفاع -سواء كان محامياً معيناً أو مأجوراً- Appointed or retained على وجه ملائم، لتكون يده مرشدة لموكله Guiding Hand.

ويفترض ذلك إخطار المتهم بالتهمة وسماع أقواله في شأنها، بوصفهما جوهر للنظم الاختصاصية للدالة الجنائية، ولأنهما معاً خطوتان ضروريتان لإصدار حكم في شأن الاتهام يكون قابلاً للتنفيذ. وتكملهما خطوة ثالثة تقتضي نظر الاتهام عن طريق محكمة لها ولاية الفصل فيه، ولها من ضماناتها ما يكفل استقلالها وحيثتها.

### المطلب الثاني

#### وجوب سماع المتهم عن طريق محاميه

٧٠٤- وسماع المتهم عن طريق محاميه يعطي كل قيمة للحق في الدفاع. فالقواعد المتعلقة بالشهادة السمعية، وبالقصد الجنائي، تكاد تكون مطلقاً على غير المحامين. وحتى المبتهكين منهم أفضل من أحاد الناس الذين لا يفلتون إلى الحقائق القانونية، ولو أحاطوا بقدر غير قليل من الثقافة. فإذا مثل المتهم أحد من العوام، قصر فهمه عن أن يحيط بعناصر الخطأ في قرار الاتهام، وينوع الألة التي يجوز قبولها، ويوسائل مناقشتها ودفعها، حتي بافتراض صحتها؛ واتصالها بالخصومة الجنائية وانتاجها في إثباتها.

وبغير إرشاد محاميه، قد يدان متهم لم يسهم بشئ في الجريمة<sup>(١)</sup>. وفي ذلك إهدار لشرط الوسائل القانونية السلمية بمعناها في الدستور. وهو شرط يناهض كذلك تعريض الأبرياء لمخاطر إدانتهم بصورة متزايدة إذا كانوا فقراء لا يملكون قوتهم، ولا يستطيعون بالتالي توكيل محام عنهم. بل إن حرمانهم من هذا الحق في الجرائم الخطيرة، يصدم حقائق العدل في مفهومها الشامل The Universal sense of justice. وصار هذا الحق سارياً في النول الفيدرالية حتي داخل ولاياتها.

وهذه الحقيقة الواضحة التي يتكافأ الفقراء والأثرياء في مجال الحصول على محام يعاونهم في مواجهة الاتهام، تفرض نفسها على كل محاكمة يعتبر إضافاً مدخلاً لصحتها. وصار هذا الحق بالتالي من الحقوق الجوهرية A fundamental right التي لا يجوز أن تجردها أية محكمة على المتهم بما يخل بحقه في الحياة، أو في الحرية أو في الملكية، مالم يكن هو قد نزل اختياراً عن هذا الحق بعد إدراكه لأبعاده من كافة أوجهها.

The intelligent choice of the defendant.

(١) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932) at 68-69.

ومثل هذا النزول لا يفترض، وإنما يتعين على المحكمة أن تقرره نفسها قبل أن تنتظر الدعوى الجنائية أو توالي نظرها.

٧٠٥- وانتهاج الدساتير المصرية لهذا الخط العام، مردّه أن التفريط في ضمانات الدفاع يقرنها بالضرورة ضياع العدالة ذاتها. ويفترض ذلك أن يكون المتهم قد قبل بمحاميه، سواء كان مأجوراً أو معيناً<sup>(١)</sup>.

ويتعين بالتالي أن توفر المحكمة لكل متهم الفرصة الكافية لاستخدام محام بأجر. فإذا كان معسراً، كان على الدولة أن توفر محامياً من مواردها يواجهه الجنائية التي اتهم بارتكابها.

وهو يقبل محاميه ما لم يعترض على تمثيله له بناء على أسباب مقنعة. بل إن حق المتهم في اختيار محام في الدول الفيدرالية، يخوله أن يطلب عون محاميه أمام المحكمة الفيدرالية التي تقاضيه، ولو لم يكن مقبداً في جدول المحامين بالولاية التي تتخذها هذه المحكمة مقراً لها.

### المطلب الثالث

#### نطاق تطبيق ضمانات الدفاع

٧٠٦- وتكفل دساتير الدول المختلفة ضمانات الدفاع لكل متهم في الجرائم الخطيرة. ذلك أن هذه الضمانات هي التي توفر لكل متهم الدفاع الملائم، وعلى الأخص إذا كان الاتهام محقداً متداخلاً للعناصر، وكان تحيز المحكمة ضد المتهم، ظاهراً<sup>(٢)</sup>.

ومن ذلك ما ينص عليه التعديل السادس لل دستور الأمريكي [١٧٩١] من وجوب أن يحاط المتهم بطبيعة التهمة وسببها *The nature and cause of the accusation*؛ وأن يواجه الشهود الذين يشهدون ضده، وأن يأتي بشهود لمصلحته من خلال وسائل جبرية، وأن يحصل على عون محام.

وتنص المادة ١/١٠٣ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية [٣٢ مايو ١٩٤٩] على أن لكل فرد حقاً في الاستماع إليه أمام المحاكم، ووفقاً لإجراءاتها القانونية. وتنص المادة ٢٤ من دستور الجمهورية الإيطالية [٢٧/١٢/١٩٤٧] على أن "حق اللجوء إلى القضاء مخول للناس جميعهم، وذلك من أجل الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم المشروعة. ولا يجوز الإخلال بحق الدفاع في أية مرحلة إجرائية من مراحل التقاضي. وتقرر نظم خاصة للقواعد

(١) *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 at 832-833 (1976).

(٢) *Towsend v. Burke*, 334 U.S. 736 (1948); *Plamer v. Ashe*, 342 U.S. 134 1951.

التي تكفل لكل المعوزين وسائل اللجوء إلى المحاكم جميعها، والدفاع عن حقوقهم أمامها. وينظم القانون شروط وأوضاع معاملة السلطة القضائية عن أخطائها<sup>(١)</sup>.

وعملاً بنص المادة ٢/٤٨ من دستور روسيا الاتحادية<sup>(٢)</sup>، يكون لكل شخص قبض أو تم التحفظ عليه، أو اتهم بجريمة، حق في الحصول على مشورة محام، وذلك اعتباراً من لحظة القبض أو التحفظ أو توجيه الاتهام.

وتفترض المادة ٤٩ من هذا الدستور براءة كل شخص اتهم بجريمة، ما لم يكن قد أدین بسببها بعد التكليل عليها وفقاً للقانون؛ وبمراعاة أن براءة المتهم من الاتهام الجنائي، لا يجوز إثباتها بغير حكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي.

وفي مصر، نظم الدستور حق الدفاع، كضمانة أولية غايتها صون الحرية الشخصية وتأمين الحقوق والحريات جميعها، سواء في ذلك تلك التي نص عليها الدستور، أو التي كفلها المشرع.

وجاء نص المادة ١/٦٩ من هذا الدستور قاطعاً بأن حق الدفاع أصالة، أو بالوكالة، مكفولان. ثم أعقب ضمانة لهذين الحقيقتين بخطوة أهدت توخى بها سرعى ما جاء بالمادة ٢/٦٩ - أن تكفل الدولة لغير القادرين مالياً، وسائل الانتجاع إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم، حتى يؤمن لهؤلاء طرق القضاء الحقوق التي يطلبونها، والانتجاع بحرياتهم التي يسمعون لضمائنها.

وتتظر المادة ٦٧ من ذلك الدستور، إلى ضمانة الدفاع كإطار للفصل في كل اتهام جنائي. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها:

>>> الحرية في أبعادها الكاملة، لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأهدافها، يناقض القيم التي تؤمن بها الجماعة في اتصالها بالأمم المتحضرة وتفاعلها معها. ولا يكفي بالتالي أن يقرر المشرع لكل متهم حقوقاً قبل سلطة الاتهام، وتوازنها وتردها إلى حدود منطقية. بل يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولاً من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها من بينها - بل وفي مقدمتها - حق الدفاع بما يشتمل عليه من الحق في الحصول على مشورة محام؛ والحق في دحض الأدلة التي تقدمها النيابة العامة لإثباتها

(١) ووفق عليه في الاستفتاء في ١٢/١٢/١٩٩٣ ونشر في الجريدة الرسمية في ٢٥/١٢/١٩٩٣.

الجريمة التي نسبتها إليه، بما في ذلك مواجهته لشهودها، واستدعاؤه لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه La protection contre L'auto-incrimination >><sup>(١)</sup>.

### المطلب الرابع

#### الأهمية الجوهرية لحق الدفاع

٧٠٧- وصار حق الدفاع مخلاً لحماية حقوق المواطنين وحرياتهم من استبداد السلطة وعسفها؛ وثيق الصلة بالوسائل القانونية السلمية؛ ولقماً في إطار الحماية القانونية المتكافئة التي لا تريد بها فرض سلطة الاتهام على حقوق منعمها؛ قرين حق الأفراد جميعهم في اللجوء إلى القضاء؛ كفافاً رد كل عدوان على حقوقهم وحرياتهم؛ ملبوراً الدور الاجتماعي للسلطة القضائية بوصفها الحارس الأصيل على الحرية والحقوق على اختلافها؛ ناقلاً قيم الخضوع للقانون من مجالاتها النظرية إلى تطبيقاتها العملية؛ مشمولاً بالحرية المنظمة في جوهرها وتطبيقاتها؛ كامناً في النفس وغائراً في أعمالها؛ بعيداً عن أن يكون ترفاً أو لهواً؛ متصلاً بالحقائق الموضوعية دون إغراق في أدبائها الشكلية؛ موافقاً معنى العدالة، ملبياً متطلباتها.

ومن ثم لم يجز المستور أن يتدخل المشرع في شأن ضمانته الدفاع بما يرهقها، أو يسقطها، أو يقوض الأغراض المقصودة منها. ذلك أن الحقوق جميعها لا تقوم لها قائمة بدونها. بل إن حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، يغدو مربكاً بغير ضمانته الدفاع التي تجلّي الحقوق وتقويها، وتنقيها من شوائبها، بما يذهل لوقوفها سوية على أقدامها، فلا تضل طريقها بالختال أو الإهمال. وإنما يكون لكل فرد أن يعرض بصفته الشخصية، وجهة نظره في شأن الحقوق التي يدعيها، أو الحرية التي يطلبها، وأن يؤمنها كذلك بمحام من اختياره بطمأن إليه لنقته فيه.

وما حق الأفراد في رفع ظلاماتهم إلى السلطة العامة تشكياً من جور أصابهم، إلا صورة من صور حق الدفاع، يمارسونها بأنفسهم، ويعبرون من خلالها عن رأيهم في بعض المسائل التي تعنيهم<sup>(٢)</sup>.

٧٠٨- وتبلغ ضمانته الدفاع في مصر، أرقى درجاتها من خلال أمرين:

(١) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٢٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) انظر في ذلك القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

أوليهما: أن ضمانة الدفاع تتصل بالحقوق جميعها، وبالحرريات بتمامها، بغض النظر عن طبيعة الخصومة القضائية التي تحميها.

ثانيهما: أن القرار الذي يصدر عن جهة أولاها المشرع اختصاص الفصل في مسائل عينها لها، لا يعتبر قراراً قضائياً، إذا كانت ضمانة الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التي تنظم هذه الولاية، وتبين حدودها. ذلك أن هذه الضمانة هي التي ترجع للخصومة القضائية كفتها في اتجاه دون آخر. وهي تقدم لهذه الخصومة دعائمها من العناصر الواقعية والقانونية التي ترتبها الهيئة القضائية بالقطع فلا تكون علاقة المحامين بتلك الخصومة ولقعة في إطار النمطية المعينة التي لا إبداع فيها. بل هي جهد صادق يبذل من قبلهم لإعانتها على أمرها بما يعزز نهوضها بالرسالة التي تقوم بها، وبما يوفر لموكليهم أموالاً لا وجه لتبديدتها، وطلاقة لا يجوز أن تهدر، ووقتاً لا يستباح في الضياع.

٧٠٩- ولازم ما تقدم، أن حق الدفاع في جوهره لا ينفصل عن الحقوق التي يطلبها الأفراد ويسعون لتأمينها من صور العدول عليها.

فإذا أغلق المشرع أبوابه في وجه فريق من الناس دون آخر، كان ذلك إهداراً لهذه الحقوق.

### المطلب الخامس

#### الأثر المترتبة على تعويق حق الدفاع

٧١٠- وإذا كان الدستور -ومن خلال النصوص القانونية التي كفل بها ضمانة الدفاع- يفترض ألا يقوم المحامون بعمل من جانبهم يخل بالمعاونة الفعالة التي ينبغي عليهم أن يقدموها لموكليهم، فإن التدخل تشريعياً لمنعهم من تقديم هذه المعاونة، أو للحد من فرصها، يكون من باب أولى محظوراً<sup>(١)</sup>. ذلك أن المحامين شركاء للسلطة القضائية في سعيها للوصول إلى الحقيقة، والتماس كافة الوسائل التي تعينها على تحريرها. ويفترض ذلك أن يدبر المحامون الدفاع عن موكلهم وفق أصول مهنتهم وعلى ضوء متطلباتها، وبما لا يخل بضوابطها التي لا يجوز الانتحار بها إلى ما دون مستوياتها الموضوعية.

وبغير معاونتهم هذه<sup>(٢)</sup> -ويشترط فعاليتها- فإن مسار الخصومة الجنائية إن يكون معبراً عن الحقيقة، حتى في صورتها لأرجحة. بل مشككاً في نتيجتها بما يزعم الثقة في محصلتها النهائية. وهو ما يعتبر هما للعدالة ذاتها بإنكار موجهاتها، وخرجاً بالمحاكمة الجنائية عن

(١) Mc Mann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).

إطارها. ذلك أن مدار الخصومة وغايتها النهائية، لا يزيد على مجرد بسط عناصر النزاع وعرض ألفتها، لتتزل المحكمة عليها حكم للقانون على ضوء تقييمها لما يدور في جملتها. وضمانة الدفاع هي المدخل إليها، وغايتها عن الخصومة القضائية مؤداة طمس بعض واقعاتها أو تحريفها أو تشويهها<sup>(١)</sup>.

ويتعين أن يكون مفهوماً أن دفاع المحامين عن مصالح موكلهم في اتهام جنائي، لا يقتصر على متابعة الاتهام بعين نقطة في مرحلته المختلفة وحلقاته المفاجئة، وإنما هو كذلك حق المحامين في مراقبة ختامية A closing argument يركزون فيها على النقاط الأساسية للاتهام ويولجونه بها جوانبها المختلفة A summation.

### المطلب السادس

#### حقوق المحامين في مواجهة موكلهم

٧١١- ويظل لازماً بيان الحدود التي يلتزم المحامون بمراعاتها في الدفاع عن مصالح موكلهم. ذلك أن لكل مهنة ضوابطها. والمحاماة في أصلها تقوم على الإبداع. ويفترض ذلك ضمان حق المحامين في الخلق والابتكار. فلا يلتزمون بخير خياراتهم التي يرونها أفضل للدفاع عن حقوق موكلهم. وخياراتهم هذه تفرضها أصول مهنتهم وضوابطها التي تقتضى منهم بذل العناية الواجبة التي يتوقعها الشخص المعتاد في إطار من القيم الواقعية -لا المثالية- التي تفرضها المهنة على القائمين بها.

٧١٢- ويتعين بالتالي أن يكون لموكلهم الحق في تمثيل ملائم يراعى مصالحهم، ويرد العنوان عنها. فلا يكون الدفاع عنها قاصراً عن أن يحيط بالخصومة التي تناولها التوكيل من كل جوانبها، ولا مقصراً في إيلائها العناية الواجبة التي عليها للتبصر.

فإذا انزلق المحامون في دفاعهم إلى أخطاء كان ينبغي عليهم تداركها وتوقيها، فإن الخصومة التي وكلوا فيها تحرف عن وجهتها المنطقية، بما يجعل ضمانات الدفاع دون مستوايتها الواجبة قانونياً.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤٥ - ص

٧٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

انظر أيضاً:

Gideon v. Wainwright. 372 U.S. 335 (1963).

ذلك أن هذه الضمانة من الحقوق التي كفلها الدستور، وهي حقوق ليس لها قيمة في ذاتها، ولا يتصور أن تعمل في فراغ. وإنما ترتبط قيمتها بأشكال الحماية التي تفرزها لرد كل عدوان على الإخلال بها؛ وكذلك دور الحقوق التي تحميها في بناء للنظم القانونية، وتوثيق الحرية المنظم<sup>(١)</sup>. ويظل واجباً على المحكمة ليس فقط الامتناع عن كل عمل يضيّق عن فرص الدفاع أو يرهقها أو يخلق جواً غير ملائم لها، بل عليها أن تتحقق بنفسها مما إذا كانت الظروف التي يعمل المحامي في إطارها تنتهي بها فعالية الدفاع عن المتهم<sup>(٢)</sup>.

### المطلب السابع

#### حق الدفاع قائم في المرحلة السابقة على الدعوى الجنائية

٧١٢- وإذا كان الحق في الحصول على مشورة محام، قائماً في الخصومة الجنائية على امتداد مراحلها؛ فإن هذا الحق يقوم كذلك في المراحل السابقة التي تسبق تحريكها، حين يكون المشتبه فيهم في حاجة إلى حماية محاميه.

وهو ما يتحقق في صور كثيرة يدرج تحتها، خلط المشبوهين ببعض الأبرياء عن طريق صفهم جميعاً في ملبور عرض Arraignment حتى يتعرف من شهداء الجريمة. بأعينهم على الجناة من بينهم.

وكذلك حين توجه إليهم سلطة التحقيق أسئلتها التي تحضهم على الإقرار بذنبهم؛ أو إذا كان يمتنع عليهم إبداء دفع أو دفاع في المرحلة السابقة على محاكمتهم حتى لا يسقط الحق فيه.

بما مؤداه ضرورة تحقيق ضمانات الدفاع وكفالتها حتى قبل توجيه الاتهام، إذا لم يكن التحقيق مجرد تحر عام في جريمة لم يتم حلها بعد؛ وإنما بدأ في مواجهة شخص بوصفه مشتبها فيه، يساق إلى مخفر الشرطة أو لجهة التحقيق التي تحتفظ عليه لديها، وتوجه إليه أسئلة تنتزع إقراره بالجريمة، دون أن تنبيه إلى أن من حقه أن يظل صامتاً، وأن يحصل على مشورة محام -معينا كان أم مأجوراً- وأن يعتصم بهذا الحق، ولو كان قد أجاب على بعض أسئلتها قبل حضوره، وأن يمتنع عن الرد على أسئلتها حتى بعد وجوده.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "مستورية" -جلسة ١٢/٢- ١٩٩٤-القاعدة رقم ١٨- ص ١٧٤ وما بعدها من الجزء السادس من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Holloway v. Arkansas, 435 U.S. 475 (1978).

وعلى جهة التحقيق كذلك - وقد صار هذا الشخص مقيدة حريته لديها على وجه أو آخر - أن تخطر به أن كل واقعة يقر بها، قد تؤخذ دليلاً ضده.

ولا يجوز بالتالي حمل شخص على الإقرار بشيء ينطق بالجريمة، سواء كان هذا الإقرار سلبياً نافياً ترديه فيها Exculpatory statement أم كان إيجابياً يثبتها عليه Inculpatory statements. وفي هذا الإطار يحظر على جهة التحقيق أن تستجوبه إذا رفض ذلك، أو علق استجوبه على حضور محاميه. ومجرد إجابته عن بعض الأسئلة، لا يلزمه بالرد على باقيها، ما لم يقبل باختياره الحر، النزول عن هذه الحقوق جميعها.

وبوجه عام، فإن ضمانة الدفاع يتعين إعمالها في أية مرحلة سابقة على المحاكمة، كلما أضر إغفالها بمصلحة المتهم بصورة خطيرة لا تكون بها محاكمته للتحقق، كافة لحقائق العدل، جوهر متطلباتها<sup>(١)</sup>.

#### المطلب الثامن

##### النيقطة الواجبة من المحامين في الدفاع عن مصالح موكلهم

٧١٤- ولا يعنى الحق في الحصول على مشورة محام، مجرد أن يمثل شخص عن المتهم في اللحظة الأخيرة لمحاكمته. بل يتعين أن يكون محاميه سمعياً كان أم مأجوراً - مائلاً وفاعلاً في جوهر مرادها، متتبعا لإجراءاتها، متصلاً بأوراقها، متقاعن الطرق الأفضل التي يعد من خلالها لوجه دفاعه، بما في ذلك مواجهة الشهود وتجريحهم، والاعتراض على وجود بعض المحلفين، وأن يعرض عليهم أو على المحكمة ما يراه ضرورياً من المسائل الواقعية والقانونية التي يعرضها عليهم، حتى يؤثر في عقيدتهم.

ومجرد حضور محام مع المتهم في المحكمة الابتدائية، لا يخلو المحكمة الاستئنافية أن تكتفى بما ألداه من دفاع في المرحلة السابقة. ولا أن تنتظر إلى الأوراق التي لديها باعتبارها كافية لتكوين عقيدتها.

ذلك أن حضور محام أمامها ليس مجرد رخصة، بل هو حق متكامل الأركان يقوم قبل محاكمة المتهم، وأثناءها، وحتى نهايتها، وكذلك عند إعداد الطعن في الحكم الصادر فيها، وأن يتم ذلك كله في إطار من الفرص الحقيقية التي يتمكن بها الدفاع من أداء واجبه.

٧١٥- وما يخل بضمانة الدفاع:

(١) Groover v. California, 357 U.S. 433 (1958); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

١. أن تهدر الجهة الإدارية بتقصتها علي المتهم -ولو بطرق ملتوية- سرية أبحاثه مع محاميه.

٢. أن يصادر للقضاء بطريقة ظاهرها التحكم، كل محاولة من الدفاع لدعم مركز المتهم، سواء من خلال عرقلة أو تطويق هذا الدفاع أو للتضييق من فرصه.

٣. إنكار حق المتهمين وحق محاميههم كذلك في النفاذ قبل محاكمتهم إلى كل معلومة أو واقعة يرونها ضرورية لإعداد دفاعهم، وبمراعاة أن هذا الحق لا يختلط بحقهم في مواجهة الشهود أثناء محاكمتهم. ذلك أن هذا الحق الأخير، لا يتطرق بغير المحاكمة في ذاتها A trial right ولا يتوخى غير ضمان حرية المتهم، في أن يوجه لشهود النيابة-نون ثمة قيود- الأسئلة التي يتغيا بها بيان أوجه التعارض في أجزاء شهادتهم، وما بها من تحامل أو تلفيق، وما يحيطها من وجه آخر من شبهة تفقدها مصداقيتها.

إذا حضر محام محاكمة المتهم، وكان مغموراً -ولو في بعض مراحلها- أو تعرض لضغوط من الجهة الإدارية كتهديده بترحيل زوجته وإبعادها.

ذلك أن الدفاع لا يكون فعالاً، إلا إذا كان يقظاً متعباً مراحل الخصومة الجنائية بعين مفتوحة؛ متقبها لكل حجة يتأثر بها مركز المتهم حتى يدفعها بكل الوسائل التي يملكها وفقاً للقانون؛ مفاضلاً في ذلك بين بدائل متعددة على ضوء الأوضاع المتغيرة التي تواجهها هذه الخصومة. فلا يختار من طرائق الدفاع غير أنسبها لمصلحة للمتهم. ولا يجوز في أية حال أن يقل بتولفر ضمانات الدفاع لمجرد أن المتهم هو الذي اختار محاميه.

٤. وإذا كان للمحكمة حق تقييد حرية الأشخاص الذين يحضرون جلساتها ويخلون بنظامها ويرتكبون بالتالي جريمة احتقارها؛ إلا أن من الفقهاء من يقرر بأن إخراجهم من قاعتها قد يكون إجراء كافياً، وأن حبسهم بقرار يصدر عنها، ويقبل التنفيذ فوراً، لا يجوز أن يتم بغير حضور محام عنهم<sup>(١)</sup>.

### المطلب التاسع

#### الصلة بين حق الدفاع وضمنات الحق في التقاضي

٧١٦- ومن المقرر كذلك أن الخصومة القضائية إن تكتمل حلقاتها ما لم يوفر لها المشرع -في نهاية مطالبها- حلاً منصفاً يمثل الترضية القضائية التي يبتغيها من يطلبها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها. بيد أن الحصول على هذه الترضية، لا يتحقق عملاً

(١) Antieau, Modern Constitutional law, volume 1, P. 322.

بغير ضمانته الدفاع التي يعرض الخصوم في نطاقها لألتهم الواقعية والقانونية التي لا يتمايزون في مجال بسيطها عن بعضهم البعض.

ولا يتصور بالتالي أن تتفصل ضمانته الدفاع عن حق التقاضي. إذ هما متكاملان، ويعملان معاً في إطار الفرضية القضائية التي تبلور حقوقاً يريد الدفاع اجتنابها من خلال الاغراض النهائية للخصومة القضائية. ولم تعد بالتالي لضمانة الدفاع أية قيمة بعيداً عن حق اللجوء إلى القضاء، وإلا كان التركيز عليها وطلبها عزيمة وإصراراً، ولقاعاً وراء جدران مظفة. وتظل هذه الضمانة قائمة بكلفة متطلباتها، ولو لم ينص الدستور عليها. ويعتبر كل عمل تشريعي على خلافها، من لغو القول، مؤدياً إلى التسلط والتجامل.

ذلك أن ضمانته الدفاع أكثر اتصالاً بفرض إنفاذ الحقوق التي يطلبها أصحابها. وهي تطو بمبدأ سيادة القانون، ولا يقتصر مضمونها على مجرد تقرير حق الشخص في اختيار محاميه؛ ولكنها تؤكد كذلك الملاحح للشخصية لحق الدفاع التي كلفها الدستور من خلال تقريره حق كل شخص في الدفاع أصالة عن الحقوق التي يدعيها. بل إن حرمان الشخص من أن يكون أصيلاً في مباشرة حقوق الدفاع، بصادم -على حد تعبير المحكمة الدستورية العليا- النبض الجماعي لحقائق العزل<sup>(١)</sup>.

### المطلب العاشر

#### امتناع نزول المتهم بجناية عن حق الدفاع

٧١٧- ويظل لكل متهم بجناية، وعملاً بنص المادة ٦٩ من الدستور أن يحصل على مشورة محام يعاونه على دفعها، ولو أسقط هو هذا الحق.

ذلك أن ضمانته الدفاع وفقاً لحكم هذه المادة؛ لا تعتبر من قبيل الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها. ولكنها تبلور أحد عناصر المحاكمة المنصفة التي تقتضيها المادة ٦٧ من الدستور بوصفها جزءاً من منظومتها المتكاملة التي تختل ركائزها بغير حقوق الدفاع.

كذلك فإن مفاهيم الجزاء -أياً كانت طبيعته- تقارنها بالضرورة ضمانته الدفاع، وإلا بطل الجزاء بكل لشطاره حال غيبتها، خاصة وأن علاقة الولاء التي تربط المحامي بموكله تقتضيه أن يخطره بكل قرار هام سيتخذه، وبالمراحل المختلفة التي آل إليها تطور الاتهام، وبما ينبغي علي موكله أن يقول أو يفعل أثناء محاكمته. كذلك فإن واجباته المهنية تلزمه بأن

(١) القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٨ - ص ٢١٦ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

يدير دفاعه علي ضوء من الاقتدار والخبرة، وفق للمقاييس المنطقية لاصول المهنة ومتطلباتها في خصومة جنائية بعينها هي التي يمثل المتهم فيها. ولا يكون المحامي بالتالي مسئولاً فيما يجاوز حدود هذه الدائرة حتي يحتفظ بحرية اختيار البدائل واتخاذ القرار النهائي في شأن الكيفية التي يدير بها الدفاع البقظ عن موكله<sup>(١)</sup>.

٧١٨- ويظهر مما تقدم، أن الحق في الحصول على مشورة محاميا، يدخل في جنور كل محاكمة منصفة. وهو شرط في انتظام إجراءاتها، وضمان لتقديم نوعية من العدالة تكفل هذا الحق لكل متهم في كل مرحلة تؤثر في القرار النهائي المحدد لمصيره.

### المطلب الحادي عشر

#### لا يجوز التمييز في ضمانات الدفاع على أساس الثروة

٧١٩- واختيار المتهم لمحام يتق فيه، هو الوجه المقابل لتحسين المحكمة محام من قبلها للفقراء من المتهمين، حتى تدار العدالة الجنائية على وجه يكفل تكافؤ الحقوق بين أطرافها.

فلا يكون الجاهلون، أو المعوزون، أقل في حظهم منها من الآخرين. ذلك أن وجود محام يعاونهم، يقيم لهم الحجة التي يواجهون بها الاتهام، ويساويهم بالنيابة العامة، وبالمتهمين المنفقين، وبالموسرين وبالفطنين؛ بالذين يفهمون القواعد الإجرائية ويديرونها في مصلحتهم، وبالذين يجهلون كل شيء فيها، وعلى الأخص ما يتعلق بالأدلة التي لا يجوز قبولها، أو التي لا تعلق لها بالاتهام. وإما هي العدالة الكاملة محدداً إطارها على ضوء متطلباتها التي تكفل إنصافها. ومن ثم كان إنكار حق المتهم في الحصول على مشورة محام، كافياً بذاته Per se لإبطال محاكمته لخروجها على الوسائل الإجرائية للقانونية السليمة. وصح القول بالتالي بأن التمييز بين الجنابة واللجنة في مجال الحصول على هذه المشورة، ليس إلا لفوا. ذلك أن العقوبة في هاتين الجريمتين، تقيد من الحرية الشخصية في كثير من تطبيقاتها.

وكما اتهم شخص بجريمة خطيرة، وكان معوزاً، فإن تعيين محام يعاونه، لا يكون خياراً للمحكمة، ولو بلن من أوراق التحقيق تساند الأدلة ضد المتهم وتضافرها في إثباتها للتهمة، وأن تعيين محام إن يغير شيئاً يتعلق بالجريمة من جهة رحمان إثباتها. ذلك أن إنكار هذا الحق، ولو في المرحلة الاستثنائية للاتهام، يقيم تمييزاً ملتوياً بين القادرين وغير القادرين. وشروط حرمان المتهم من هذا الحق بعيدة في مداها، ولا مبرر لها، وهي كذلك تعليق لحق

(١) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1985).

المتهم في الطعن، علي الثروة؛ وإرهاق العدالة ذاتها من خلال جرد متطلباتها، وتقرير لخطوط حاجزة بين للمحامين والموسرين بالمخالفة للمستور<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني عشر

#### لا يجوز للنّابة أن تخفي عن المتهم واقعة تفيد في حصص التهمة

٧٢- ولأنّ الدفاع عن المتهم، لا يجوز أن يقصر عن أن يحيط بالتهمة من كل جوانبها؛ وكان لمحامي المتهم أن يرد دعواه وفق ما يراه من الطرق الأفضل في تقديره لخدمتها؛ وكان ذلك مؤلداً ألا يفاجأ بالواقعة لأختها النّابة، ولم تخطر به قبل المحاكمة؛ فإن كشفها يكون واجباً عليها، كلما توافر شرطان فيها: أولهما: أن يفيد المتهم منها *Favorable to the accused*. ثانيهما: أن يكون لها صلة بأدلة الجريمة، سواء من جهة إثباتها أو فرض عقوبتها<sup>(٢)</sup>. *Material to guilt or punishment*.

وتقوم هذه الصلة كلما توافر مسوغ معقول للقول بأن الحكم في الاتهام كان ليتغير وجهه، لو لم تعد للنّابة إلى كتمان الواقعة التي يفيد المتهم منها، والتي اتصل علمها بها<sup>(٣)</sup>. ذلك أن إخفاءها، يجهل بها، ومفاجأة الدفاع بوجودها قد يعجزه عن إجهاضها. فلا يكون جزءاً حجبها عن الدفاع غير استبعادها حتى لا يحول المطفون عليها، وكى لا تدخلها المحكمة في اعتبارها، وإلا كان أخذها بها مقتضياً محاكمة جديدة<sup>(٤)</sup>.

كذلك فإن سلطة الاتهام وإن كان عليها أن تقدم إلى المتهمين كل مطومة أو واقعة لديها يفيدون منها، وترتبط بالجريمة التي اتهموا بها من جهة إثباتها أو عقوبتها؛ إلا أن واجبها هذا لا يقوم في بعض الجرائم التي لها من خصوصياتها ما يقتضي قصر الحق في الاطلاع علي ملفاتها علي المحكمة وحدها، وفي غرفة مظنة *In Camera review*.

(١) Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963).

وفي هذه القضية كانت المحكمة المنقوض حكماً قد محصت الأوراق وقررت ألا فائدة من تعيين المحامي.

No good whatever could be served by appointment of counsel.

(٢) Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963).

(٣) United States v. Ragly, 473 U.S. 667 (1985).

(٤) Williams v. Florida, 399 U.S. 78 (1970).

وبالمثل يلتزم الدفاع بأن يطلع النّابة قبل المحاكمة علي أسماء شهوده، فإذا كانت له حجة غيوب *Alibi*، فإن عليه أن يطلعها كذلك علي اسم وعنوان الشخص الذي وجد المتهم معه في غير مكان الجريمة. ولا يستبر ذلك إخلاقاً بحق المتهم في ألا يدين نفسه بنفسه. ومن ثم يقوم على وجه التقابل، التزام كل من النّابة والدفاع بإطلاع الآخر قبل المحاكمة علي ما لديه من أدلة.

فإذا كان محامي المتهم يعلم بوقعة بذاتها حوثها ملفاتها هذه، جاز أن يلتصمها مباشرة من المحكمة، وأن يناقش صلتها بالجريمة التي اتهم موكله بها.

وأكثر ما يتحقق ذلك في جرائم عدوان الآباء علي أعراض أطفالهم وبناتهم بما يسبب أسوأ صور استغلالهم. وهي بعد جرائم لا يشهدا غير ضحاياها في الأعم من الأحوال بما يجعل تعقبها وإثباتها متعذرا. وما لم يتوافر قدر من السرية للشهادة التي ينلي الأطفال بها أو للشهادة التي يقدمها جيرانهم في شأن هذه الجرائم، فإنهم قد يحذفون عن الإبلاغ عنها، أو التكليل عليها. وكان ضروريا بالتالي أن يطمئن هؤلاء وهؤلاء إلي أن شهادتهم لن تذاع علي نطاق عام بما يحذر من مخاوفهم في الإدلاء بها<sup>(١)</sup>.

(١) *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987).

المبحث الثانيالحق في الكفالة في المواد الجنائيةLe droit au cautionnementالمطلب الأولمضمون هذه الكفالة وعلتها

٧٢١- يقصد بالكفالة في المواد الجزائية، قدر من المال تحده المحكمة، ويؤديه المتهم إليها لضمان أن يمثل أمامها عند محاكمته عن الجريمة اتهم بها، وحتى يتفرغ لإعداد دفاعه بعد إطلاق سراحه وتحريره من الاحتجاز. فإذا لم يظهر أمام المحكمة بعد أن تدعوه للمثول أمامها، تعين عقابه ومصادرة الكفالة. ويعتبر الحق من الكفالة من الحقوق التقليدية التي يكفلها الدستور لكل متهم. وهي ترد في أصلها إلى وثيقة إعلان الحقوق البريطانية. ولا نفترض أن يكون الحق فيها قائما في كل الأحوال ومن ثم تكفي الدساتير بالنص على عدم جواز المغالاة فيها<sup>(١)</sup>.

والفرض في الكفالة أن يؤديها المتهم بعد القبض عليه وقبل الفصل في الاتهام. والأصل فيها هو معقوليتها حتى لا تكون مخالفة للمستور. وهو ما تردده الدساتير المختلفة التي تكفل صون الحرية الشخصية للناس جميعهم، بما فيهم المتهمين. فلا تقيد حريتهم من خلال حبسهم احتياطيا، إذا عجزوا عن أداء كفالاتهم التي حددتها المحكمة مقابل الإفراج عنهم إلى حين الفصل في التهمة الموجهة إليهم.

وليس من العدل في شيء أن يظلوا مودعين في أماكن الاحتفظ عليهم إلى أن يتم الفصل في هذه التهمة بحكم يكون باتا. ومن حقهم أن يقدموا كفالاتهم حتى بعد إدانتهم وقبل الفصل في طعنهم. ذلك أن احتجازهم على هذا النحو، يعطل فرصهم في الاتصال بمحاميتهم من أجل دحض الاتهام الجنائي، وعلى الأخص من خلال الوثائق التي يقدمونها لنفيها. ولا يستطيعون كذلك أثناء الاحتفظ عليهم، الاتفاق على أسرهم وإعالتها.

وكفالاتهم المغالية فيها، لازمها أن يظلوا محبوسين احتياطيا عن جريمة لا زال أمر الاتهام فيها معلقا ولم ينصل فيها بعد بحكم بات؛ حتى إذا برأتهم المحكمة منها، تحملوا قدراً من العقوبة لا يستحقونها.

(١) Carson v. Landon, 342 U.S. 524 (1952).

وهو ما يناقض الأصل في البراءة وفي الحرية. وهما قاعدتان تمنعان إيقاع عقوبة قبل أن يدان المتهم قطعياً عن الجريمة، وتؤكدان بأن تتوافر لكل متهم الفرص الكافية لإعداد دفاع غير معاق. وما لم يكفل المشرع الحق في الكفالة -عند قيام موجبها- فإن افتراض البراءة وما تحقق على طريق النضال من أجل إرساء أصله، يندو عقيماً وجهذاً ضائعاً<sup>(١)</sup>.

ويزيد الأمر سوءاً أن بعض الدول ترفض في الجرائم الخطيرة -كذلك التي تكون عقوبتها الإعدام- تقديم المتهمين لكفالة يفرج عنهم بعد دفعها، وتستبقهم في سجونها إلى أن يتم البت في الجريمة. كذلك يعجز الفقراء من المتهمين عن أداء كفالتهم، بما يعطل حريتهم عملاً. وهو ما يضي التمييز بينهم وبين الموسرين في شأن خطير يتعلق بالحرية الشخصية. إذ بينما يحجبها هذا التمييز عن الفريق الأول، فإن الآخرين يطفونها ولو عظم مبلغها.

وليس في المستور نص يجيز تقييد حرية شخص بناء على فقره وضالته مولوده، وإلا صار أمر الحرية للشخصية وقفاً على الأجزاء مكنته وقدرأ.

ويتعين بالتالي أن يكون لكل متهم حق في إطلاق سراحه -لا بناء على ثروته- وإما كلما توالى الاعتقاد المنطقي -وعلى ضوء كافة العوامل ذات الصلة- بأن المتهم لن يكون عاصياً لأوامر المحكمة حين تدعوه للمثول أمامها. فإذا خيف من هروبه، أو من خطره على المجتمع إذا ما أطلق سراحه، فإن حبسه احتياطياً لا يكون مخالفاً للمستور<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### بطلان المغالاة فيها

٧٢٢- وتعتبر الكفالة مغالى فيها، Excessive Bail إذا كان مبلغها يزيد عما يكون لازماً عقلاً لضمان مثول المتهم أمام المحكمة، وتنفيذ حكمها إذا وجنته مذنباً<sup>(٣)</sup>. ولا يجوز بالتالي أن يكون الغرض من الكفالة التي حددتها المحكمة، ضمان أن يظل المتهم معتقلاً في السجون أو في غيرها من أماكن الاحتجاز.

ويتعين -على ضوء ما تقدم- أن يتحدد مقدار الكفالة التي يقدمها المتهم مقابل إطلاق سراحه، وفق معايير تكفل ظهوره أمام المحكمة. وتنفيذ الحكم الصادر عنها. وهي معايير موضوعية وشخصية، يندرج تحتها سجل المتهم في الإجرام؛ ونوع النشاط الذي اختطه وألفه

(١) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, (1951).

(٢) United states v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988).

(٣) Hudson v. Parker, 156 U.S. 277 (1895) at 285.

فى حياته؛ وطبيعة الجريمة التى اتهم بارتكابها؛ وظروفها؛ ووزن الأدلة التى يَبْدِ سلطة الاتهام قبله؛ وقدرته المالية<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالى فى مجال تحديد مقدار الكفالة -كما لا يجوز فى أية محاكمة جنائية- أن يكون امتناع المتهم عن الإجابة على أسئلة الجهة القائمة بالتحقيق فى الجريمة حتى لا يدان بأقواله أمامها؛ مبرراً لتحديد مقدار الكفالة بما يبهظها على المتهم.

ويجوز الطعن فى كل كفالة مغالى فيها من أجل خفض مبلغها. ولا يعتبر هذا الخفض من المسائل التى تتركض فيها المحكمة الاستئنافية. ذلك أن معقوليتها شرط لقتضاء الدستور لصحتها<sup>(٢)</sup>.

وحتى بعد أن يدان المتهم بالجريمة، فإن من حق المحكوم عليه بعقوبتها، أن يطلب الإخراج عنه حتى الفصل نهائياً فى الطعن فى الحكم الصادر فيها، ما لم يكن هذا الطعن متوخياً مجرد تعطيل تنفيذ هذا الحكم، أو كان غير مقبول، أو غير جدير بالعرض بالنظر إلى مضمونه.

ذلك أن النظم القانونية فى الدول الديمقراطية، تفرض ألا يحمل الشخص على معاناة عقوبة مقيدة للحرية، قبل أن يدان بحكم بات عن الجريمة التى اتهم بها.

فإذا لم يكن هذا الحكم قد صدر بعد، كان من حقه أن يقدم بعد القبض عليه، وقبل محاكمته، كفالة للإفراج عنه. وله كذلك أن يقدمها أثناء هذه المحاكمة، وإلى ما قبل إدانته قطعاً عن الجريمة التى ارتكبها.

ذلك أن الذين يدينهم الحكم بالجريمة ويقضون عقوبتها، لا نقل معاناتهم بعد نقض هذا الحكم وتبرئتهم، عن هؤلاء الذين لا تقبل كفالتهم لإطلاق سراحهم قبل المحاكمة، ثم تظهر براحتهم.

بل إن قبول الإفراج عنهم بشرط الكفالة، هى التى تعطى لحقهم فى الطعن على الحكم الصادر ضدهم، معناه؛ وإلا صار تنفيذ العقوبة التى تقرر محكمة الطعن بعدئذ مخالفة توقيعيها للدستور أو القانون، عملاً منافياً للحق فى الحرية، وهى الأصل.

(١) Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 46 (C).

(٢) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1 (1951).

ولا يجوز بالتالى بعد إدانتهم، وقبل الفصل فى الطعن المقدم منهم، أن يكون الإفراج عنهم بشرط الكفالة، من الرخص أو من صور التفضل Mere grace or favor التى يجوز منحها أو حججها فى إطار سلطة تقديرية مطلقة.

ذلك أن هذا الإفراج يعتبر حقاً كلما كان مبرراً خالياً من سوء النوايا، وكانت أسباب الطعن راجحاً قبولها.

ولئن جاز بعد صدور أمر قضائى بالإفراج بشرط الكفالة، الرجوع عنها، إلا أن شرط هذا الرجوع، ألا يكون تحكيمياً.

٧٢٣- والكفالة على ضوء ما تقدم -تحرر المتهم من القيود على حريته. وهى قيود لا يجوز التصاوغا، وتنفيذ مقتضاها قبل صدور حكم بات بفرضها.

ودفعها مؤداه ألا تنكس المسجون بأشخاص يودعون فيها، ثم تظهر براعتهم فيما بعد، بما يهدر الأموال التى أنفقتها الدولة عليهم أثناء استبقائهم لديها.

وتوفر الكفالة كذلك، ضماناً لظهور المتهم أمام المحكمة التى تدعوه للحضور، فلا يخرج من ولايتها، ولا من قبضتها حين تريده<sup>(١)</sup>. فإذا لم يظهر أمامها تعين عقابه، ومصادرة الكفالة التى قدمها.

٧٢٤- وشأن الكفالة المغالى فيها، شأن الغرامة الجنائية التى يزيد مبلغها عن الحدود المنطقية التى تفرضها ظروف الجريمة وملابساتها Excessive Fines. كلاهما مخالف للدستور.

(١) Edward Witt, the Supreme Court and Individual Rights, second edition, 1988, p.217.

### المبحث الثالث

#### حظر حمل شخص على الشهادة بما يدينه (١)

#### The Privilege Against Self - Incrimination

### المطلب الأول

#### مفهوم هذا الحظر

٧٢٥- حمل للشخص على أن يشهد ضد نفسه، وبما يدينه جنائياً، من المسائل التي لا يجوز القبول بها. ذلك أن دور الشهادة في ضمان تحقيق العدالة الجنائية، وإن كان مطلوباً، إلا أن مضار الحمل عليها، تنافض حق من بدلي بها في كتمانها، وفي ألا يؤاخذ بخير الأقوال التي يريد إعلانها. ومصلحته في ذلك تربي حق الجماعة في تعقبها للجناة، والقبض عليهم وتقديمهم إلى القضاء لينالوا جزاء ما اقترفوه. كذلك يعتبر هذا الامتياز من خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية Accusatorial system ليفارق صورة من العدالة المنتحلة التي تتفيا مجرد ملاحقة المتهمين وتعقبهم للبطش بهم The inquisitorial system.

ولا جدال في أن الإكراه على الشهادة، إخلال بقرينة الاختيار، وهي جوهر الحرية الشخصية. ذلك أن من نطق بها يؤخذ بمقتضاها، وقد يضر آخرين بها إذا أجبر علي تثقيفها. ومن ثم تسوء عاقبتها. وهي في كل صورها شهادة غير أخلاقية في بواعثها ومضمونها، ولو كان من يحتمون بالامتياز عدم الإدلاء بشهادة قد تدينهم، مجرمين حقيقة أو مخادعين أو مزورين، يضللون المحكمة الجنائية ويعوقونها عن الوصول إلى الحقيقة فيما يمرض عليها من القضايا.

ذلك أن هذا الامتياز -في أصله ومرماه- ضمان لحرية الأشخاص في الاحتكام إلى ضمائرهم، فلا ينطقون بخير ما يريدون. وتلك قيم تكتلها السياسات جميعها انطلاقاً من حرصها على الحقيقة التي لا تكشفها أقوال بدلي بها أصحابها مخالطة أو زيفاً أو غصباً، أو تحاملاً (٢).

وإذا قيل بأن هذا الامتياز يعصم المجرمين، ويوفر لهم غطاء من الحماية؛ فإنه كذلك يؤمن الأبرياء، ويقهرهم تدخل السلطة في شئونهم وخواص حياتهم لانتزاع أقوال منهم تدينهم بها في إطار نظم قمعية، تقوم في جوهرها على مطاردة أفراد لا تصطفونهم، وتعقبهم وخرق

(١) يلاحظ أن هذا الحظر مقرر بلقاعدة التي تنص:

[Nemo tenetur seipsum accusare] No man is bound to accuse himself

وترجمتها بالعربية [ لا يكلف الشخص بقوله نفسه].

(٢) E.g. Twining v. New jersey, 211 U.S. 78 ( 1908 ).

أعراضهم، والتحقيق في ألق شئونهم، ولتقحام مناطق من خواص حياتهم يريدون كتمانها بما يخل بأكمل شخصيتهم، وبضرورة أن تكون لهم دخلتهم التي لا يجوز الإطلال عليها، وفرصهم التي توازن بين حقوقهم وسلطة الجهة التي تتولى التحقيق معهم؛ وسكيتهم التي لا يجوز الإخلال بها بما يروعا أو يثير اضطرابها دون مقتض؛ وحقم في حياة متكاملة يشكلون فمطها بالطريقة التي يرونها، فلا يحصلون على الإقرار بنزوبهم<sup>(١)</sup>.

ويتعين بالتالي أن ينظر إلى هذا الامتياز في إطار الحقوق التي كفلها الدستور لكل فرد، وليس كخطئة يتعين النفور منها، والإعراض عنها، ووصم من يتردون فيها بمجاوزة القيم الخفية، انحرفا عن متطلباتها. والمتهمون الذين يتمسكون بهذا الامتياز أمام المحكمة، لا يحقرونها، ولا يقررون ضمنا بالجريمة، ولا يستبر نكولهم عن شهادة يحملون عليها، حجة عليهم بشئ. فإذا عاملتهم السلطة كمجرمين لمجرد احتجاجهم بذلك الامتياز، كان تصرفها مخالفا للدستور.

ذلك أن الامتياز المتقدم يمثل من القيم الإنسانية أرقاها، ومن الحقوق الدستورية أكثرها اتصالا بجوهر النفس الإنسانية. فضلا عن أن كثيرين من المشبوهين أو المتهمين، أبرياء في حققة الأمر، ولكن سلطة الاتهام تفزعهم بيباسها، وتقوض اطمئنانهم بحقوقها العريضة، فلا يكون خوفهم منها، وترددهم في الإقضاء بما لديهم أمامها، أو أمام جهة التحقيق، دليل جرمهم.

### المطلب الثاني

#### الأشخاص الذين يتمسكون بهذا الامتياز

٧٢٦- ولا شأن لغير الأشخاص الطبيعيين بهذا الامتياز، فلا يجوز أن تثره أية منظمة ولا أن نحتج به لصاحبها. وليس للعاملين في أية جهة منحها المشرع الشخصية الاعتبارية، حق في إخفاء وثائقها، أو حجبها Corporate records، أو الامتناع عن الشهادة ضدها، بزعم أن هذه الوثائق أو تلك للشهادة قد تدنيها، وأنهم مؤمنون على وثائقها، وعليهم مسؤولية حفظها، أو أن أداءهم للشهادة ضدها يخل بولجياتهم قبلها. وشرط ذلك أن تكون وثائق هذه الجهة وسجلاتها، مودعة لديهم بصفتهم ممثلين لها. فإذا طلبتها منهم سلطة رسمية لمسوغ، تعين عليهم تقديمها لها، ولو أدانتهم هذه الوثائق في أشخاصهم.

(١) Murply V. Waterfront Commission of New York Harbor, 378 U.S. 52 (1964).

وحتى بعد تصفية الأشخاص الاعتبارية، وانتقال أوراقها ووثائقها إلى المصفين، فإن على هؤلاء تقديمها إلى الجهة القضائية التي طلبتها. ولا كذلك الأوراق التي يملكها أشخاص طبيعيون ملكية خاصة، أو على الأقل تلك التي يحوزونها بصفته الشخصية البحتة. ذلك أن امتياز عدم جواز حملهم على الشهادة بما يدينهم، يشملها إذا تمسكوا به<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الجهات التي يجوز التمسك أمامها بهذا الحظر

٧٧٧- يقوم امتياز حظر الحمل على الشهادة ليس فقط أمام المحكمة الفيدرالية ولكن كذلك في مواجهة محاكم الولاية. واضطرر القضاء على تطبيقه ليس فقط في إطار الاتهام الجنائي إذا أثاره المتهم أو الشهود؛ وإنما كذلك في نطاق الخصومة المدنية، وأمام لجان تقصى الحقائق البرلمانية؛ وأمام أية جهة إدارية. ويتعين القول بالتالي أن هذا الامتياز متاح لكل شخص تطارده السلطة بشكوكها؛ وإن كان أكثر وجوباً في المحاكمة الجنائية التي يعتبر هذا الامتياز مقررراً أصلاً لمصلحة للمتهم للمائل أمام المحكمة إذا سئل عن أحد أركان الجريمة، أو عن حقيقة الأوضاع التي لا يمتنع، كأن يسأل من سلطة الاتهام عما إذا كان قد قتل، أو عن أداة هذه الجريمة ومكان إخفائها. وقد تنتشر أجزاء للدلائل التي تتوفر لسلطة الاتهام، ومن ثم توجه أسئلتها إلى المتهم حتى يطلعها على حقيقة الصلة التي تربط هذه الأجزاء ببعضها.

ذلك أن الضرر الذي يتوخى هذا الامتياز توقيها، تربو على كل مصلحة تنفي الجماعة حمايتها في مجال تعقبها للجرائم وكشفها عن مرتكبيها<sup>(٢)</sup>.

ولا عبرة بما إذا كان من شأن الشهادة التي يدلي الشخص بها، أن يدان بسببها عن الجريمة وفقاً للقانون المنظم لها، أو ألا يكون لها هذا الأثر.

وليس على المتهم، ولا على غيره، أن يعرض على المحكمة، نوع المخاطر التي قد يواجهها إذا أدلى بشهادته. ذلك أن بيانه لها قد يشي بنوع لو ينطبق الشهادته التي يريد كتمانها.

(١) Curcio, v. United States, 354 U.S. 118 (1957); Mcphaul, United States, 364 U.S. 372 (1960); Grant v. United States, 227 U.S. 74 (1913).

(٢) United States v. White, 322 U.S. 694 (1944).

ويلاحظ أنه وحتى إذا كان الشخص المائل أمام هيئة المحلفين الكبرى، هو المشتبه الأول في الجريمة، فإن من حق أن يتمتع عن الإجابة على الأسئلة التي توجهها إليه.

ويتعين بالتالي لجواز الاحتجاج بالامتياز، النظر إلى أثر الأسئلة الموجهة إلى الشخص. فكلما كان من شأنها -في سياقها وعلى ضوء الأوضاع التي تلازمها- الحصول على إجابة يضر الإصاح عنها بمركزه، فإن الامتناع عن الرد على هذه الأسئلة، يكون مبرراً. ولا يجوز بالتالي حمل متهم على أن يقر بالجريمة، ولا أن يقدم أدلتها، ولا أن يدلي بشهادة عنها. ذلك أن حريته في الإقرار بالجريمة أو إنكارها، لا نزاع فيها<sup>(١)</sup>. وليس اعترافاً بها مجرد سكوتة عن الهد على الأسئلة الموجهة إليه، ولا رفض الإدلاء بالشهادة التي يطلبها المحققون أو رجال الشرطة<sup>(٢)</sup>.

بل إن للمتهم في جريمة بالولاية، حق اللجوء إلى هذا الامتياز، إذا كان من شأن الاحتجاج به توقي الإقرار بالجريمة المحلية في الولاية، ويجريمة فيدرالية تقوم على الأركان ذاتها. وصح القول بالتالي بأن هذا الامتناع لا يجوز أن يفسر تفسيراً "ضيقاً" ولا بصورة تصفية تفل بالأعراض التي يستهدفها.

ويبلور هذا الامتناع تقدماً هاماً في مجال إثراء الحرية، وهو كذلك علامة فارقة على طريق كفاح الإنسان من أجل أن يكون مدنياً. ذلك أن ما يتوخاه هو ضمان القيم الجوهرية والأمال النبيلة التي نستصم بها كشرط للحرية المنظمة التي يناهيا أن يدين المتهمون أنفسهم بأنفسهم بما يناقض خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية، ويتوض كذلك حقوق المتهمين في ألا تنتزع أموالهم من خلال وعد أو وعيد، أو غيرهما من صور إساءة استعمال السلطة. ولئن كان هذا الامتناع، يوفر أحياناً غطاء للجناة، إلا أن تطبيقه في أكثر صورته، كان حماية للأبرياء<sup>(٣)</sup>. وصار اليوم ضماناً ليس فقط ضد الملاحقة الجنائية، وإنما كذلك باعتباره مؤنلاً لحماية حرية التعبير ولحفظ الكرامة الإنسانية<sup>(٤)</sup>.

ولا يجوز بالتالي إدراج من يحتجون بهذا الامتناع في قائمة الجناة والمزورين، ولا أن يعامل باعتباره صنو الإقرار بالجريمة أو كترينة قاطعة على التلبس، وإلا صار ملهية بغير مضمون A Hollow Mockery. يؤيد هذا النظر أن هذا الإنسان -إن كان بريئاً- قد يظل متخوفاً من الاتهام الجنائي<sup>(٥)</sup>.

(١) Heike v. United States, 277 U.S. 131 (1913).

(٢) Bruno v. United States, 308 U.S. 287 (1939).

(٣) Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbour, 378 U.S. 52 (1954).

(٤) Ullmann v. United States, 350 U.S. 422 (1956).

(٥) Stochower v. Board of Higher Education, 350 U.S. 551 (1956).

علي أن الامتياز المذكور ليس بحق مطلق لأصحابه. ذلك أن عدم تمسكهم به، يفرد نزولهم عنه. فإذا احتجوا به كان للقاضي أن يقرر ما إذا كان الاحتماء بذلك الامتياز مبرراً أو غير مبرر. ويكون الاحتجاج بامتياز عدم الحمل على الشهادة Testimonial Compulsion، مبرراً، كلما كان ظاهراً بوضوح من الأسئلة الموجهة إلى الشخص، أن لها من تركيبتها، وفي محيط إلقائها، ما يجعل الإجابة عنها منطقية على مخطر جنائية يتعين توقيها<sup>(١)</sup>. وصار مقررًا كذلك أن ما يتوخاه هذا الامتياز ليس فقط حماية الأبرياء، وإنما كذلك ضمان نظم قضائي لا يدين الجناة، مالم تحمل سلطة الاتهام على عاتقها التكليل بنفسها على الجريمة بكافة أركانها Shouldering the entire load.

ولا يكون الاحتجاج بالامتناع عن الشهادة المقهورة، مبرراً، إذا تعلق بجريمة سقط الحق في تحريكها بالتقدم، أو بوقعة أثر بها الشخص في جملتها باختيائه، ثم رفض الإصحاح عن توصيلاتها. كذلك إذا كانت الشهادة التي يرفض الإدلاء بها تتعلق بجريمة أدن منها بالفعل، أو صدر عفو بشأنها، ما لم تكن الشهادة التي حمل عليها مفضية إلى جريمة جديدة ترتبط أو لا ترتبط بالجريمة القديمة<sup>(٢)</sup>.

وكما دعي شخص للشهادة أمام لجنة تشريعية أو قضائية أو إدارية، فإن رفضه المثلول أمامها قد يشكل جريمة احتقار لها. فإذا ظهر أمامها، كان من حقه أن يرفض الإجابة على أسئلتها الموحية بالجريمة التي ارتكبها<sup>(٣)</sup>.

ويقتضى حظر الإدلاء بالشهادة التي تؤثم أصحابها، أن تكون مخاطر التجريم التي تتصل هذه الشهادة بها، قليلة. فإذا أجهضها المشرع من خلال حصانة خلغها على الشاهد Immunity Statutes بما يعطل نهائياً إمكان ملاحقته جنائياً عن الجريمة التي حوثنها هذه الشهادة، سقط حظر الإدلاء بها بكل الأثر الذي يرتبها. وشرط ذلك أن تشمل هذه الحصانة في دائرة ذاتها التي يعمل فيها امتياز حظر الإدلاء بالشهادة الجبرية. وذلك بأن تقرأ عن يتمتعون بها، كافة المخاطر الناجمة عن شهادتهم التي قد تدينهم. ويتعين بالتالي أن تكون حصانة مطلقة، فلا تنصرف إلى جريمة بذاتها دون غيرها<sup>(٤)</sup>.

(١) Hoffman v. United States, 341 U.S. 479 (1951); United States v. Murdock, 284 U.S. 141 (1931).

(٢) Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٣) Emspak v. United States, 349 U.S. 190 (1955).

(٤) Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547 (1892) Blau v. United States, 340 U.S. 159 (1950). See also Friendly, The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change 137 U.CIN, L. Rev. 671 (1968).

وتعطي هذه الحصانة عادة في الجرائم الخطيرة التي يحيطها الغموض، والتي يتعذر كشفها بغیر الحصول على معلومات عنها من الأشخاص الذين تورطوا فيها<sup>(١)</sup>. ويفترض أعمال هذه الحصانة في الدول الفيدرالية، أن تتبسط مظلتها ليس فقط في مواجهة قوانين الولاية التي يذللون بشهادتهم في إقليمها، ولكن كذلك على صعيد القوانين الفيدرالية، وذلك حتى لا تقيد السلطة أياً كان موقعها، من ثمار هذه الشهادة في اتهام جنائي لاحق يتصل بمن أدلي بها<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان ما تتوخاه الحصانة المشار إليها، هو أن تمهد لتحقيق الأغراض المقصودة منها في مطاردة الجناة وتقبضهم وتقديمهم إلى القضاء لمحاسبتهم عن جرائمهم، فإن الشهادة التي تسلمها هذه الحصانة تفترض صدقها، لا أن تكون شهادة زور لا قيمة لها<sup>(٣)</sup>.

فإذا لم تكن ثمة حصانة خلعتها الدولة على الشاهد، فإن حمله على الشهادة التي لا يريد إعلانها، مؤداه اعترافه جبراً *Coerced Confession* بالجريمة. ذلك أن الإقرار الحر بها، يفترض ألا يكون وليد إغواء -ولو كان مؤقتاً- ولا نتاج وعيد يؤثر في حرية الاختيار بما يشوهها أو يعللها<sup>(٤)</sup>.

وفترض في إقرار المتهم بالجريمة بعد فترة طويلة من احتجازه في مقر الشرطة، وبغير محام، ودون اتهام، أن هذا الإقرار قد صدر عنوة<sup>(٥)</sup>. ولا يعتبر حمل المتهمين على الشهادة ضد إرادتهم، قرين تعذيبهم للإقرار بالجريمة التي دخلوا فيها. وإنما يكفئهم فقط هذا الحمل بالشهادة ضد أنفسهم، وإنما تحصلهم هذه الشهادة بما لا يطبقون لأنهم يدعون أنفسهم بأنفسهم<sup>(٦)</sup>.

ويلاحظ أن هذا الامتياز ليس ضماناً ضد الاحتقار العلم الجنائي سخرية، أو تهكما. ولا صلة له كذلك بشخصية المتهم. ولكنه يكفل عدم استخدام الشهادة التي أدلي بها كدليل ضده -لا ضد غيره- في اتهام جنائي بما يجرده المشرع والمحكمة، وسلطة الاتهام، من الحق في حمل المتهم على أن ينطق بما لا يريد لضمان حمايته ضد أشكال مختلفة من ضغوط السلطة وسوء موازينها في التفكير، ولتقديم حلجراً بينها وبين المتهم، مما يهاها ليس فقط من استخدام شهادة مختصة في توجيه اتهام مباشر، ولكن كذلك من توليد دليل غير مباشر منها يدان به.

(١) *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972).

(٢) *Murphy v. The Waterfront Commission of New York*, 378 U.S. 52 (1954).

(٣) *Shattwell Mfg. Co. v. United States*, 371 U.S. 342 (1963).

(٤) *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574 (1884).

(٥) *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943).

(٦) *Bram v. United States*, 168 U.S. 532 (1897).

ذلك أن الأدلة التي تقدمها المطة ويجوز قبولها قانوناً، هي التي تحصل عليها من مصدر مشروع يستقل كلية عن الشهادة التي حمل المتهم علي الإدلاء بها<sup>(١)</sup>.

ومواء آثار المتهم هذا الامتياز داخل ولاية في منظومة فيدرالية، أو علي صعيد محكمة فيدرالية، فإن مقاييس تطبيقه واحدة، ولو تعلق الحمل علي الشهادة بمرحلة التحقيق في الجريمة، وكان سابقاً بالتالي علي مرحلة الاتهام<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الرابع

#### التفاوض مع المتهم للإقرار بجريمة عقوبتها أقل، لا ينالض

#### امتياز حظر الحمل علي الشهادة

٧٢٨- وليس لهذا الامتياز من صلة بعملية التفاوض Plea Bargain. التي يتم بين سلطة الاتهام والمتهم، والتي تتوخى بها إقناع المتهم بأن يقر بارتكابه لجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي اتهم بها أصلاً.

ذلك أن عملية التفاوض هذه، وإن أقرتها بعض النظم القانونية حتي يتوقى المتهم -حال نجاحها- مدداً طويلة للحبس الاحتياطي، ومصيراً مجهولاً يقارن محاكمة طويلة لإجراءاتها، معقدة دروبها، غير معروفة سلفاً بنتيجتها؛ وحتى تقتصد سلطة الاتهام إجراءاتها وتختصرها لتوفر أموالاً طائلة تتفقا في مجال التكيل علي صحة التهمة التي نسبها إلي متهمها؛ وحتى يطمئن الجمهور إلي أن لجأة سيودعون السجن بما يقيد حريتهم كبديل عن إطلاق سراحهم بكفالة يكونون بها أحراراً في كل طريق، عابثين بكل القيم إلي حين مثولهم أمام المحكمة؛ وكان إقرار المتهمين -ومن خلال عملية التفاوض هذه- بالجريمة الأقل وطأة من تلك التي صدر بها قرار الاتهام، يفترض أن يكون هذا الإقرار حراً -لا إكراه- وألا تزل سلطة الاتهام بالاتفاق الذي تم بينها وبين المتهم من خلال عملية التفاوض تلك التي يعطي فيها كل من طرفيها ويأخذ Give and take. إذ هو وعد منها عليها أن تنفذ؛ فقد تعين القول بأن امتياز عدم جواز إدلاء المتهم بشهادة يريد كتمانها، يغير تماماً عملية التفاوض للمشار إليها أنفاً، سواء في أهدافها أو نتيجتها.

(١) أنظر في ذلك الرأي المخالف القاضي Douglas في قضية:

Kastigar v. United States, 406 U.S. 441 (1972).

(٢) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

ذلك أن عملية التفاوض تلك، غايتها أن يوازن المتهم بين رجحان إدانته بالجريمة التي اتهم بها إذا ثابر على إنكارها، وبين احتمال الحكم ببراعته منها، وهو ينظر بالتالي في العرض المقدم من سلطة الاتهام ليقتر مختاراً بجريمة عقوبتها أقل.

ولا كذلك امتياز المتهم بأن يظل صامتا، إذ هو ضمنان ضد حمل المتهم جبرا على الشهادة، وليس منخلا لإقناع المتهم بالإقرار بجريمة أقل في عقوبتها من تلك التي قام الاتهام عليها<sup>(١)</sup>.

وما أراه هو أن عملية التفاوض هذه -وإن أقرتها بعض النظم القانونية- إلا أن شبهة مخالفتها للمستور يظهرها أن المتهم يفاضل من خلال عملية التفاوض -بين إنكار الجريمة التي اتهم بها وبين خوفه من أن يدان عنها ولو كان بريئا، ليحملة هذا الخوف على الإقرار بجريمة لم يرتكبها لمجرد أن عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي اتهم بها، ولو لم يكن قد تورط فعلاً فيها.

#### المطلب الخامس

##### نطاق امتياز حظر الحمل على الشهادة

٧٢٩- ويبطل كل تعليق يصدر عن سلطة الاتهام في شأن امتناع شخص عن الشهادة جبراً، ويبطل كذلك كل توجيه يصدره القاضي لهيئة المحلفين بأن سكوته دليل جرمه.

ذلك أن هذا التعليق أو التوجيه من بقايا نظام للعدالة الجنائية يقوم على مطاردة اللجنة من خلال ترويعهم بقصد انتزاع أقوالهم وإرهاقهم وتمنيهم للإقرار بالجريمة Inquisitorial system of criminal justice وهو كذلك يتمحس عقاباً ضد أشخاص يركنون إلى امتياز مقرر لهم بنص في الدستور. ومود فضلاً عما تقدم، إلى إعاقتهم ليحملهم بما لا يطيقون<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز الركون إلى هذا الامتياز لحماية شخص آخر، ولا لحمل العاملين في الدولة على التخلي عن الحماية التي يكفلها، والإدلاء بأقوال في شأن أوجه نشاطهم التي انخرطوا فيها، ولا أن تقصّلهم الجهة التي يعملون بها، إذا تمسكوا بذلك الامتياز<sup>(٣)</sup>.

(١) Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971); Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63 (1977); See also T. Mason & William M. Beaney, American Constitutional Law, 6<sup>th</sup> ed. 1978, P. 669.

(٢) Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).

(٣) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967); Spevack v. Klein, 385 U.S. 511 (1967). ويلاحظ أن هذا الامتياز مقرر في التعديل الخامس للدستور الأمريكي وبالرغم من صراحة هذا التعديل في تعلق حكمه بالإجراءات الجنائية Criminal proceedings، إلا أن من الثابت اليوم أنه صار مقررًا في القضايا المدنية، وأمام هيئة المحلفين الكبرى وأمام اللجان التشريعية. انظر في ذلك: Antieau, Modern Constitutional, Law, Volume one, 1969 P. 195.

٧٣٠- ويظل محظورا حمل شخص على الشهادة، ولو لم تكن كافية بذاتها لتقرير مسؤوليته عن الجريمة. ذلك أن الفصل في كفايتها أو في قصورها عن إثباتها، غير منتج في تحديد نطاق تطبيق هذا الحظر. ويظل هذا الحظر قائما ولو كان من شأن الشهادة التي يدلي الشخص بها، مجرد إيضاح الصلة التي تربط الأدلة اللازمة للاكتمال ببعضها، لتجميعها سلسلة واحدة متصلة حقائقها<sup>(١)</sup>.

Answers which would have furnished a link in the chain of evidence needed in a prosecution.

وإذا قبل المتهم للشهادة أمام المحكمة، اعتبر ذلك فقط نزولا عن امتياز عدم جواز الحمل عليها في شأن الجريمة التي قبل للشهادة بشأنها، وليس بالنسبة إلى غيرها من الجرائم التي لا ترتبط بها. فإذا أعطى طوعية للشهادة الموثمة، لم يعد من حقه الامتناع عن الرد على الأسئلة التي لن تغير مركزه في الجريمة التي أقر بها<sup>(٢)</sup>.

٧٣١- ولكثر ما تظهر فيه قيمة هذا الامتياز، عند التحقيق مع المتهم بعد اجتازه وتقييد حريته بوجه أو بأخر Custodial interrogation: ومبادرة رجال السلطة للقائمين على تنفيذ القانون، بتوجيه أسئلتهم إليه. ذلك أن حقهم في توجيه أسئلتهم هذه، مطلق على تحذيره بأن من حقه أن يكون صامتا، وأن كل قول يصدر عنه، قد يؤخذ ضده، وأن من حقه الحصول على مشورة محام، سواء كان معينا أو مأجورا.

ولمن احتجز على النحو المتقدم، أن يسقط هذه الحقوق كلها أو بعضها بشرط أن يكون حر الإرادة، وأن يكون للنزول عنها بعد العلم بحقيقتها.

وعلى رجال تنفيذ القانون الامتناع عن توجيه أسئلة إلى المحتجز لديهم إذا بلغهم بعزمه عدم الرد عليها قبل مثول محاميه، ولو كان قد أجاب قبل حضوره على بعضها.

ذلك أن حظر الحمل على الشهادة مؤداه، أنه كلما أبان المحتجز سواء قبل أو أثناء سؤاله عن رغبته في أن يظل صامتا؛ فإن كل الأسئلة يتعين وقفها. ويفترض بالتالي أن كل بيان يدلي به بعد تمسكه بامتياز عدم الحمل على الشهادة، هو نتاج قهر، فلا يؤخذ به<sup>(٣)</sup>.

٧٣٢- وفي مصر نص للمادة ٤٢ من الدستور الدائم على أن المواطنين لا تجوز معاملتهم -سواء حال القبض عليهم أو حبسهم أو تقييد حريتهم على وجه آخر- بما يخل

(١) Blau v. United States, 340 U.S. 159 (1950).

(٢) Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٣) Miranda v. Arizona, 304 U.S. 436 (1966).

بكرامتهم. ولا يجوز كذلك إيذاءهم بدنياً أو معنوياً، ولا احتجازهم أو حبسهم في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون، ولا انتزاع أقولهم تحت وطأة شيء مما تقدم أو التهديد بشيء مما تقدم، وإلا تسن إدارها وعدم التعويل عليها.

ويدخل في مفهوم هذا النص، الحمل على الشهادة، إذ هي أقوال تؤخذ من المواطنين جبراً عنهم، لأنها تنتزع تحت وطأة إكراه أو تهديد بايذاء بدنياً كان أو معنوياً - فلا تقوم لها قائمة.

ولا يجوز كذلك أن يتدخل المشرع في أوراق خاصة، ليلزم مالكا أو حائزها بتقديمها، ولو كان ذلك بقصد معرفة صور من التعامل أثبتتها. ذلك أن حظر إلقاء الشخص بشهادة كنيته، مبناه نص في الدستور لا يجوز أن يخل به المشرع.

### المطلب السادس

#### صور من التحقيق لا يشملها الامتياز

٧٣٣- ولأن الجناة كثيراً ما يتركون في مسرح الجريمة آثاراً تكل عليهم يندرج تحتها بصماتهم وأصواتهم في تنفيذها، وأحاديثهم التي تبادلوها وسمعها آخرون، وانطباع أقدامهم التي خلفتها أحذيتهم، وما نطقوا به أو دونوه في مكان الجريمة، وملامحهم وأقنعتهم ونوع ملابسهم التي ظهروا بها وهم يقومون عليها؛ وكان المتهمون بالجريمة هم عادة جناتها المحتملون، فإن القطع بمن يكون من بينهم قد انخرط فيها، يقتضى من جهة التحقيق، ومن المحكمة ذاتها، التي يمثلون أمامها، أن يبدل كل جهد تفصل به بين متهمين أو مشبوهين لا شأن لهم بالجريمة، وآخرين من بينهم، أو من غيرهم، مسؤولين عنها، وكانوا أطرافاً فيها.

ولا يكون ذلك إلا بفصلها بين هؤلاء وهؤلاء، من خلال وسائل متعددة، يندرج تحتها صنفهم مع آخرين، وخطتهم ببعض Lineup، حتى يحدد شهود الرؤية من كان من بينهم ضالعا في الجريمة.

وقد تقارن جهة التحقيق أو المحكمة بصماتهم وأثر أقدامهم، بتلك التي خلفها الجناة من ورائهم، أو تستكتبهم للفصل في تطابق عبارة دونها أحد اللجنة مع خطهم، أو تسجل أصواتهم أو نكلفتهم النطق بكلمة بعينها بقصد تعيين صاحبها؛ أو تعيد ملامحهم إلى صورتها الحقيقية التي حاولوا إخفاءها، كنزع لحاهم أو شواربهم التي كانوا قد أطلقوها بعد ارتكابهم الجريمة.

فمثل هذه الأعمال التي يحمل المتهمون على القيام بها -والتي يدخل فيها مراقبتهم في مشيقتهم إذا كان أحد الجناة معوقاً أو ذو مشية خاصة- لا شأن لها بالشهادة التي يكرهون على الإدلاء بها بما يدينهم بسببها، ولا صلة لها كذلك بخواص حياتهم التي يريدون كتمانها، وإنما هي أعمال غير مقصودة لنفسها، تنحصر غايتها في الفصل بين فريقين لأحدهما دور في الجريمة، ولا صلة للفريق الآخر بها.

ومن ثم تتصل هذه الأعمال بمظاهر خارجية كان الجناة عليها، أو محاطين بها أثناء ارتكابهم لها. فلا تتوخى غير تحديد شخصياتهم من خلال آثار مادية خلفوها، أو صورة مرئية كانت عليها ملامحهم التي شوهدوا بها<sup>(١)</sup>. An identifying physical characteristic. كأن يطلب من أحد المشتبهين إطلاق لحيته، أو تغطية وجهه بمنديل كان قد شوهد به أحد الجناة وقت الجريمة. وكل ذلك جائز قانوناً، ولا يتصل بالحمل على الشهادة.

#### المطلب السابع

##### التمييز بين الشهادة المحظورة وغيرها

٧٣٤- ولا تزال غير مقطوع بها، فواصل التمييز بين شهادة محظورة إذا حمل عليها المتهم، لاحتمال أن يدان بسببها؛ وبين أعمال يجوز حمل المتهمين على القيام بها، فصلاً فيمن يكون من بينهم متصلاً بالجريمة، أو غير مرتبط بها.

وكثيراً ما يقع التداخل بين الأمرين. فأخذ عينة من دم سائق ضبط مترنحاً وهو يقود سيارة في الطريق العام، جائز في مفهوم كثير من النظم القانونية باعتباره عملاً منفصلاً عن شهادة قد يدان المتهم بسببها إذا حمل عليها<sup>(٢)</sup>.

وفصلاً في هذا للتدخل، يتعين القول بأن مكافحة الجريمة، وإن اقتضى تحديد أشخاص مرتكبها كخطوة هامة على طريق القبض عليهم والقصاص منهم؛ إلا أن هذا التحديد يغير من كل الوجوه، حملهم على أن يشهدوا ضد أنفسهم بأنفسهم<sup>(٣)</sup>.

(١) United States v.Wade. 388 U.S. 218 (1967); Gilbert v.Californio, 388 U.S. 263 (1967).

(٢) Schmember v.California, 384 U.S. 757 (1966).

هذا وقد قرر القضاة المخالفون لحكم المحكمة في هذه القضية، بأن تحليل العينة التي تؤخذ من دم السائق، نكينة بالضرورة عن مخالفة قوانين المرور إذا كان حذاً مخموراً أثناء القيادة.

(٣) United States v.Wade. 388 U.S. 218 (1967).

ويتعين بالتالى أن يكون لحظر الإدلاء بالشهادة المؤتمه، دائرة منطقية لا تعمل أو تعرق أعمالاً لا شأن لها بها، غايتها مطاردة الجناة وتعقبهم.

### المطلب الثامن

#### مضمون الشهادة التى يحظر حمل المتهم على الإدلاء بها قهراً

٧٣٥- والشهادة التى يحظر حمل المتهم عليها، تتناول تصرفاته السابقة على الجريمة، كالتحضير لها، أو المعاصرة للجريمة، كمرافقة الطريق كى ينفرد الجناة بغريمهم؛ أو التى تلها إذا كان لها صلة بها، كإخفاء أشياء مسروقة متحصلة منها.

وهى كذلك شهادة لا يجوز صرفها -إذا قبل المتهم باختياره الإدلاء بها- إلى غير الجريمة التى تتعلق بها. ذلك أن حظر الحمل على الشهادة من الحقوق الشخصية التى يجوز لكل منهم النزول عنها اختياراً". فإذا نزل عن هذا الامتياز، فإن الشهادة التى يدلى بها تتناول كل واقعة تتصل بالجريمة التى قبل الشهادة عنها، ليس فقط فيما هو عريض من خطوط هذه الجريمة، بل كذلك فى أدق تفصيلاتها<sup>(١)</sup>.

ولا يعتبر نزولاً اختيارياً عن هذا الامتياز، تهديد جهة العمل لأحد العاملين بها -بمطريق مباشر أو غير مباشر- بالفصل من وظيفته إن لم يدل بشهادة تطلبها، قد يدان بسببها. ذلك أن ولاء لها أو ثقته به، لا يجوز أن يصير مشكوكاً فيه لمجرد تمسكه بامتياز عدم الإدلاء بالشهادة للجبرية، وإلا صار ثمن الاحتجاج به تخبيراً للقائم بالعمل العام، بين أن يظل صامتاً فلا يدان، أو أن ينكلم، ليحكم. وهو ثمن باهظ لا يجوز القبول به<sup>(٢)</sup>.

وكل شهادة يدلى بها المتهم باختياره يجوز الأخذ بها، ولو تعتمد من خلالها تشويه بعض الحقائق التى ألصق عنها<sup>(٣)</sup>.

ذلك أن هذا الامتياز -على الأقل فى جنوره للتاريخية- لا يتوخى حماية الخطائين، وإنما هو مقرر أصلاً لمصلحة الأبرياء الذين تصيبهم السلطة بإساءات، وتفرغهم بضراوتها، فلا يجدون غير صمتهم ملائماً لهم فى مواجهتها، حتى لا تؤخذ عليهم كلمة ينطقون بها، ولو انزلقوا إليها. وغير صحيح بالتالى القول بأن الذين يتمسكون بذلك الامتياز، يتمسدون طمس الحقائق أو تحريفها لإخفاء جرائمهم.

(١) Marchetti v. United States, 390 U.S. 39 (1968); Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٢) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967).

(٣) Spevack v. Klein, 385 U.S. 511 (1967).

### المطلب التاسع

#### حظر الحمل على الشهادة لايقيم في المواد المدنية

٧٣٦- وإذا كان الامتناع عن الشهادة -في إطار اتهام جنائي- حق لكل شخص قد تؤخذ شهادته على محمل الإقرار بجريمة يكون قد ارتكبها؛ وكان لا يجوز لسلطة الاتهام، ولا للمحكمة الجنائية، أن تطلق على هذا الامتناع، بما يضر بالمتهم، ولا أن تستخلص من صمته قرينة على ترديه في الجريمة؛ إلا أن الامتناع عن الشهادة في المواد المدنية ليس كذلك، إذ يجوز للقاضي، ولكل خصم في الخصومة المدنية، أن يستبطن من هذا الامتناع، كل نتيجة منطقية يمكن ربطها به.

### المطلب العاشر

#### أهمية الامتنياز

٧٣٧- وقد نظر البعض إلى امتياز حظر الإدلاء بالشهادة المؤثرة، بأنه أحد أبرز النقاط في كفاح الإنسان ليجعل نفسه مننيا. وصار هذا الامتنياز كافلاً حرية الأفراد جميعهم؛ وعائقاً ضد تدخل الدولة في طرائقهم في التعبير عن الأفكار التي يؤمنون بها<sup>(١)</sup>.

وقرر آخرون أن هذا الامتنياز يرد عصف الدولة، ويمنعها من أن تطلق تحرياتها دون قيد، لتتال من الأفراد في خواص حياتهم، متخفية في ذلك وراء عباءة القانون<sup>(٢)</sup> ومن ثم يبدو أهمية هذا الامتنياز ليس فقط في أنه يعصم الفرد من تدخل رجال الشرطة بتحرياتهم المرهقة -وغير المبررة أحياناً- في كثير من شؤون حياته؛ وإنما لأن من أثره أن يحجز الدولة بكل سلطاتها وأجهزتها، عن إقرار قانون تحمل به أحد الأفراد على تقديم بيان، أو الإدلاء بشهادة، أو الإعلان عن محادثة أجراها؛ إذا آل هذا للبيان، أو الشهادة، أو الاتصال، إلى تجريمه، سواء كان موضوع هذا القانون قضائياً، أم إدارياً، أم كان للجزاء المقرر به متضمناً الحرمان من الاختراط في عمل.

ذلك أن ما يتوخاه امتياز حظر الشهادة المؤثرة، هو حماية الفرد من مواجهة المخاطر الحقيقية للتجريم الذاتي التي ينزلق إليها من خلال هذه الشهادة. ويتعين بالتالي، تنبيهه قبل توجيه أية أسئلة إليه، إلى حقه المقرر دستوريا في ألا يشهد بغير ما يريد.

(١) E. Griswold, The Fifth Amendment Today, 7 (1955).

(٢) Imlay, The Paradoxical self-Incrimination Rule, 6 Miami law Quarterly, 147 (1952).

### المطلب الحادي عشر

#### المخاطر التي يثيرها امتياز الحمل على أداء الشهادة

٧٣٨- ولعل أكثر المخاطر التي يثيرها هذا الامتياز، هي التي تتعلق بتوجه كثير من النظم القانونية -في عموم تطبيقاتها، وفي مجال تنظيمها لبعض المهن والأعمال- إلى تكليف من يباشرونها بتقديم بيانات عنها يندرج تحتها إمسالك أوراقيها و سجلاتها ووثائقها التي تكشف حقيقة إيراداتهم الخاضعة للضريبة على الدخل، أو نوع منتجاتهم وتاريخ إنتاجها وطرق صيانتها، ووسائل تصريفهم لمخرجاتها من المواد الملوثة. وكذلك أوضاع وشروط العمل فيها، وطبيعة القروض التي يحصلون عليها. وقد يطلق للمشرع مباشرة المهنة أو الحرفة على ترخيص.

ففي هذه الأحوال جميعها، قد يتحقق خطر توجيه الاتهام إلى هؤلاء وهؤلاء من أجل إخفائهم بيانات كان عليهم أن يقدموها، أو ارتكابهم جريمة كشفتها سجلاتهم.

ويتعين بالتالي تحقيق نوع من التوازن بين ضرورة ضبط صور من التعامل والعلائق القانونية في إطار بنظمها من جهة؛ وبين الحماية التي يكفلها للمستور لكل فرد ليحول بها دون تجريمه تجريباً ذاتياً من جهة أخرى. ويتحقق هذا التوازن بشرطين:

أولهما: أن يكون ضبط الأفراد لسجلاتهم هذه في المهن التي يباشرونها، موافقاً لأعرافها.

ثانيهما: أن يكون طلبها منهم متوخياً التحقق من أمور لها طبيعة تنظيمية، لا جنائية.

وفي إطار هذين الشرطين، يجوز أن يكون حفظ السجل مطلوباً لتنفيذاً لنظم قانونية قائمة، وبالشروط التي نبينها.

فلا يعتبر التحقق من توافرها أو تخلفها، إخلالاً بامتياز حظر الشهادة المؤتمنة ما لم تكن عملية التسجيل في ذاتها، مؤدية إلى التجريم. وهو ما يتحقق بالنسبة إلى الأشخاص الذين يحوزون أشياء بالمخالفة للقانون، كأسلحة غير مأذون لهم بالاتجار فيها، أو أجهزة قمار ممنوع تداولها بنص في القانون.

ذلك أن حملهم على حفظ سجل بها، أو تقديم بيان لعملياتهم بشأنها، مؤداة سوقهم إلى دائرة الاتهام الجنائي.

وصار ثابتاً بالتالى امتناع إقرار قانون يكون من وجهه، أو بالنظر إلى أثره، منطوياً على مخاطر حقيقة التجريم الذاتى<sup>(١)</sup>.

وعلى الأخص لا يجوز لقانون منطو على جزاء -ولو كان اقتصادياً في طبيعته- أن يفرض على المخاطبين به أحد خيارين: إما رفض الاتصياح لأحكامه، أو القبول بها بما قد يجرّمهم شخصياً.

---

(١) فإذا أزم المشرع القائلين على صناعة معينة بإسكان سجل تكون فيه البيانات المتعلقة بمستوي الملوثات التي يصيرونها في أحد المجاري المائية، فإن موقفهم من هذا الالتزام، إما الامتناع عن إسكان السجل حتى لا يقعوا تحت طائلة القانون إذا كانت هذه الملوثات تزيد عن المسموح بها، أو إسكانه لتكليفهم البيانات الواردة فيه.

وفي قضية: *Alberston v. SACB*, 382 U.S. 70 (1965).

قضى بعدم دستورية قانون أزم منظمة بتسجيل أعضاء الحزب الشيوعي المنتمين إليها على أساس إخلال هذا القانون بالحظر المقرر دستورياً ضد الحمل على الشهادة.

### الفصل الرابع

#### القواعد التي يفرضها الدستور على القوانين الجنائية

##### المبحث الأول

نطاق هذه القيود من جهة مضمون القوانين الجنائية وما يتصل بها من صور الجزاء

٧٣٩- تصاغ القوانين الجنائية على ضوء الضرورة الاجتماعية التي تتطلبها وتقتضيها ليس فقط من جهة مضمونها، وإنما كذلك من ناحية صور الجزاء التي يتعين تطبيقها على المخالفين لأحكامها. ذلك أن ما يتفاه المشرع من هذه القوانين، هو أن يحدد من منظور اجتماعي، ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم، وأن يتخذ من العقوبة أداة لحملهم على التخلي عنها. ويتعين بالتالي أن يكون الجزاء على إثباتهم الأفعال التي نهام عنها أو كلفهم بها، مقبولا من زاوية اجتماعية، وإلا صار محظورا<sup>(١)</sup>.

##### ١. صور من الأفعال لا يجوز تأنيبها

٧٤٠- وفي هذا الإطار، لا يجوز أن يؤثم المشرع تداول الأفراد للوسائل التي يمنعون بها الحمل<sup>(٢)</sup>؛ ولا أن يعاقبهم على حالة لا يستطيعون دفعها، ولا يسيطرون بسببها على أفعالهم كتعاطيهم الخمر<sup>(٣)</sup>؛ ولأن يعطل سلطتهم في إدارة أموالهم أو التعامل فيها بمجرد ظهور دلائل من تحقيق جنائي على تورطهم في جريمة معاقبا عليها<sup>(٤)</sup>؛ ولا أن يدينهم بناء على مجرد اشتهار ارتكابهم لجرائم بذواتها عينها المشرع؛ ولا أن تفرض خطورتهم بناء

(١) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية" جلسة ١٥ يونيو ١٩٦٦-قاعدة رقم ٤٨- ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

(٣) Robinson v. California. 370 U.S. 660 (1962).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، أن الإيمان على تعاطي المخدرات Addiction to the use of narcotics مرض لا يدخل الإنسان فيه باختباره. فلذا أعتبر مجرماً بناء على حالته هذه، وبغير أن يكون مذنباً بناء على سلوكه المخالف للقوانين الجنائية، فإن عقابه يكون قاسياً وشاذاً ومخالفاً للتعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي ولا عبرة بمدى العقوبة، ذلك أن يوماً واحداً في السجن يعد عقوبة قاسية إذا وقعت على شخص لمجرد أنه أصيب بالزكام. ومجرد الإيمان بالتالي حالة Mere status of being an addict أيضا كانت الطريقة التي اكتسبها المريض بها، لأنها تحمل المريض فيولوجياً على الاستمرار على تعاطي المواد المخدرة، ليكون ضحيته.

(٤) القضية رقم ٢٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية" -جلسة ١٠/٥/١٩٩٦- قاعدة رقم ٨- ص ١٣٦ وما بعدها من الجزء الثامن.

على مجرد انزلاقهم في جرائم سابقة<sup>(١)</sup>، ولا أن يعاقبهم المشرع من جديد عن جرائم استوفوا القصاص عنها<sup>(٢)</sup>.

## ٢. صور من الأفعال يجوز تأنيبها

٧٤١- وفي إطار ضوابط الدستور، فإن الكلمة التي ننطق بها، يجوز تجريمها إذا كان من شأنها الدعوة إلى الجريمة أو التحريض عليها أو التجهيز لها، وعلى الأخص كلما كان هدفها تفويض النظم القائمة -انقلاباً عليها- بغير الوسائل السلمية.

### أ - جواز تأنيب صور التعبير التي يقارنها خطر قائم وحال

والدستور بذلك يطلق حرية الكلمة من عقابها بشرط ألا تقارنها مخاطر واضحة، وحالة يتحذر توقُّعها Clear and present danger، كذلك التي تتهدد بها مصلحة قومية حيوية؛ أو التي تتال من أعراض الناس وحرمانهم تشويهاً لسمعتهم وتحقيراً لشأنهم بين ذويهم.

وإذا كان الدستور يجيز الكلمة كأداة للتعبير، إلا أن فحشها يفقدها قيمتها. وهي إذ تحذر إلى الضغائن الشخصية، فإن دورها كأداة للتعبير، يتقلص إلى حد كبير.

ويتعين بالتالي أن يرتبط التدخل بالقوانين الجزائية في حرية التعبير، بنوع المصلحة التي تتوخى هذه القوانين حمايتها.

فما لم يكن للتعبير عميقاً في شره وخطره، داهماً في أثره على مصلحة لها اعتبارها، فإن تجريم هذا التعبير يكون محظوراً.

وهو ما يصدق كذلك على حرية الاجتماع التي لا يجوز لقانون أن يجتثها من منابئها من خلال حظر اجتماع معين، أو تقييده في غير ضرورة.

٧٤٢- وقد يتخذ التعبير صورة تظلم مقدم من فرد إلى السلطة من جور أصابه، تشكياً من أضراره، وطلباً للتعويض عنها. ومثل هذا التظلم لا يجوز تقييده، إذ هو اختفاء بالسلطة العامة التي يفترض صونها لحقوق مواطنيها ومصالحهم بشرط أن يكون موقعاً<sup>(٣)</sup>.

(١) القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية "مستورية" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٠ - ص ١١٤ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) تنص المادة ٦٣ من الدستور على أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابةً وبشفاه.

فإذا أجابته على تظلماتهم تلك بما يدل على عدم لكتراثها بها، أو حاسبتهم عنها؛ أو أهملتها كناية بالنظر إلى مضمونها، أو حدة عباراتها أو لخروجها عما تراه لائقاً من أصول مخاطبتها؛ حملتهم بتصرفاتها هذه، على تجنبها، أو على الثورة عليها، بعد تخليها عن همومهم ومتاعبهم.

#### ب- جوانب حظر المطبوع الداعر

قد يعطى إنسان غيره مادة تنتم بالمجون والخلاعة أو يبيعها أو يسلمها إياه، وهو يعلم بمحتواها، سواء كان قد خلق هذه المادة من خلال عمل من أعمال الإبداع أثناء، أو كان قد صورها أو سجلها أو أعدها في شكل مطبوع يقرأ وينشر، أو عرضها في مسرح أو في مرقص، أو حازها بقصد توزيعها ونشرها، أو تملكها ليروجها على نحو أو آخر.

ففي هذه الفروض جميعها، لا ينتم المطبوع بالمجون، إلا إذا كان في مجموع محتواه -على ضوء مقاييس الباطنيين من أوساط الناس الذين يطبقون القيم السائدة في المنطقة الإقليمية التي يتواجدون فيها- يستميل بصورة ظاهرة، من يتلقاه من الأشخاص الذين تتملكهم الأفكار الشهوانية وتستبد بهم. فلا يكون المطبوع -هذه الخصائص تبلور محتواه- ذا قيمة أدبية أو علمية أو سياسية أو اجتماعية لها شأن. ويؤخذ في تحديد قيمة المطبوع بمحيط نشره، وبالطريقة التي يعرض بها، وبالفروض المتاحة لتوزيعه.

والجريمة التي تتعلق بالمطبوع الماكن أو للفاجر أو الفاسق، جريمة عدية. ولا تتوافر بالتالي إلا إذا كان الشخص الذي تدخل في هذا المطبوع -سواء يبيعه أو بشرائه أو يعرضه أو ينشره أو بتأليفه أو بتسجيله أو بالتعبير عن محتواه في صورته حركية أو في شكل رسم أو على نحو آخر- يتوخى أن يثير شهوة الآخرين الذين يتلقونه<sup>(١)</sup>.

وتجرب التمثل في المطبوع الداعر على النحو المتقدم البيان، ليس منافياً لحكم العقل، ذلك أن للدولة مصلحة مشروعة في حظر نشر المواد التي تخل بالحياء العام كلما كان عرضها أو توزيعها أو توصيلها إلى الآخرين على نحو ما، مؤثراً بصورة واضحة مشاعر غير الراغبين في تلقيها، أو يعرض لمخاطر الجروح صغاراً، لم يكتمل فهمهم لحقائق الحياة<sup>(٢)</sup>، وليس لهم من قوة الإرادة ما يعزلهم عن صور الإغواء التي لا تليق بهم.

(١) M. Cherif Bassiouni, Substantive Criminal Law, 1978, p.376.

(٢) Stancly. Georgia, 394 U.S. 557, 567 (1969).

ومن ثم لا يعتبر حظر المطبوع الداعر *Obscene Material* مدافيا لحرية التعبير. ذلك أن الدستور، وإن كان يكتل الحماية للأراء التي نبضها وتلك التي ترددها أو التي تطرح في مناخ عام لإيقيلها؛ إلا أن حدود التأثير التي يبلغها المطبوع الداعر، ليس لها حماية من الدستور.

يؤيد ذلك أن ضمان الدستور لحرية الصحافة وحرية القول بوجه عام، تغيا ضمان التبادل غير المعاق للأراء من أجل تغيير الأوضاع القائمة -أو على الأقل في بعض جوانبها- وفق ما تراه الجماهير ملبياً لمتطلباتها.

ومن غير المتصور أن تدخل في إطار حرية التعبير، كل مادة تثير -لا بطبيعتها- ولكن من منظور أوساط الناس في المنطقة الإقليمية التي يوجدون فيها الشائكون جنسياً الذين يرون في فحشها وبذاعتها محركاً لشهواتهم. ويتعين بالتالي لتجريم من يتكلمون في المطبوع الداعر -خلفاً أو عرضاً أو ترويحاً- أن تتوافر للشرائط الآتي بيلها:

١. أن يكون العمل -في مجموع محتواه- يحد مثيراً للفرائز ومحركاً للشهوة الجنسية من وجهة نظر الشخص المعتاد الذي يطبق علي هذا العمل المستويات المعاصرة للمنطقة الإقليمية التي يعيش فيها، ولا يقصد بالشخص المعتاد في هذا المقام، من يكون مرهفاً أو متبلداً أو جامداً في مضاعره، أو مغالياً في القيم الخلقية التي يؤمن بها، أو منتصياً إلى جماعة محدودة لها مثلتها ومفاهيمها الخاصة التي تغاير تلك التي درج أوساط الناس على انتهاجها في مظاهر سلوكها بقيم تولدوا عليها، وحددوا علي ضوئها ما يعتبر خطأ أو صواباً. ذلك أن الشخص المعتاد وفقاً لهذا المعيار، هو من أوساط الناس الذين يشتركون في القيم التي تمثل نهجا مقبولا بوجه عام في المنطقة الإقليمية التي يعرض فيها العمل للفاحش.

وتبدو أهمية الإشارة إلى المنطقة الإقليمية في الدول المترامية أطرافها، والتي تتباين وحدتها الإقليمية في تراثها وعاداتها وتقليدها وقيمتها، بما يفاير بين بعضها البعض، فلا تجعلها معايير موحدة في شأن ما يعتبر مثيراً للفرائز أو مخلاً بالحياء العام إخلالاً واضحاً.

ومن ثم لا تقوم القيم الخلقية في هذه الدول علي معايير فرضية، ولا علي أسس موحدة تضم شعوبها إلى بعضها البعض، رغم اختلافها فيما بينها في أنوارها ومقاييس تطبيقها للقيم التي تسودها. ذلك أن الفوارق الذاتية بينها يستحيل إزالتها، فضلاً عن أن من غير المنطقي تصور تحديد طبيعة المطبوع، عن طريق فرض ضوابط جلمدة لها طبيعة الإطلاق.

٢. أن يعرض الفصل بالكلمة أو الصورة أو بغيرها من صور التعبير -ربطية فاجرة- الملوك الجنسي محددا وفق ما قرره القوانين المعمول بها في المنطقة الإقليمية.

٣. أن يفكر العمل -منظورا في ذلك إلى مجموع محتواه- إلى الجدية التي تدل على قيمته الأدبية أو الفنية أو السياسية أو العلمية.

ومن ثم لا تنبسط الحماية المقررة دستوريا لحرية التعبير، لا على الأعمال الجنسية النهائية، السوية منها أو المنحرفة، الفنية منها أو التصنعية، إذا كان تقديمها أو وصفها مخلا بدرجة ظاهرة بالحياء العام، ولا على الأعمال التي تتضمن عرضا أو وصفا مثيرا للشهوة سواء للأعضاء الجنسية أو لوسائل الاستئثار الجنسية الذاتية<sup>(١)</sup>.

ويوجه علم لا تحظى بالحماية المنصوص عليها بالدستور، الأعمال المثيرة للغرائز، والتي يكون عرضها أو وصفها للسلوك الجنسي نابيا عن الخلق، وشائعا عدا ما يكون لمحصنها من قيمة أدبية أو فنية أو سياسية أو علمية، كالمؤلفات الطبية التي تقدم لأغراض تشريح الإنسان، وصفا بالكلمة وبالصورة لتفلق تكوين جسمه.

٧٤٣- وأما كان أمر ضوابط المطبوع الداعر، فلن فجرة يتحدد على ضوء المفاهيم الاجتماعية القائمة في المنطقة التي يوزع المطبوع فيها. وليس ثمة معيار عام يتصل بدعارة المطبوع ويسمى في كل تطبيقاتها، وإنما تتباير ضوابط دعارة المطبوع في الزمان والمكان والأشخاص. فالمطبوع الداعر في مكان ما، قد يراه آخرون في مكان أو زمن آخر، مقبولا من أوساطهم. فلا يعد بالقيم الغالبة في مكان وزمن معين، إلا بقدر تلاقيها مع أوساط الناس في هذا المكان والزمان. وكلما كان مقبول أوساط الناس في هذا الزمان والمكان، دالا على أن المطبوع في مجموع محتواه، يتسم بالخروج للظاهر على ضوابط الحياء العام، جاز حظر تداول هذا المطبوع، ولو توافرت له بعض القيمة الاجتماعية.

#### ج- جوانب حظر الرق وغيره من صور التمليل في الأشخاص

٧٤٤- ينال الرق حقيقة أن الناس جميعهم ولدوا أحراراً يتساوون في كرامتهم وفي حقوقهم، وقد وهبهم الله ميزة العقل والضمير لتجسمهم روح الأخوة ببعضهم البعض، فلا ينظر إلى فريق منهم كأشخاص لا يجوز لمسهم<sup>(٢)</sup> Untouchable وليس للآخرين حق في معاملتهم

(١) Mishkin v. New York, 383 U.S. 502 (1966).

(٢) الذي الدستور الهندي المحظر الذي كان قلماً يمنع لمس بعض الأشخاص  
Abolition of untouchability

كاشياء يملكونها ويتصرفون فيها، أو يستغلونها، أو ينتزعون منها الحق في الحياة، أو يباشرون عليها حقوق ارتفاق<sup>(١)</sup> Servitude. والرق بناء على لون الأشخاص تمييز غير مشروع. وهو في كل صورة محظور، ليس فقط لأنه نوع من السخرة التي لفظتها الدول جميعها، وإنما لأن الرق في محتواه، إذلال للبشر، وهبوط بأسميتهم إلى أدنى مستوياتها. والذين يملكونهم يباشرون عليهم من الحقوق أوسعها، ولأتي تصل في مداها إلى حد تعذيبهم، أو الإخلال الخطير بتكامل أبدانهم، أو إزهاق أرواحهم بل إنهم يقتصبون زوجاتهم ولايعترفون ببنة لبنائهم منهن. ويظل الرقيق في أسرهِ عبداً من كل الوجوه. ويطلده سيده إذا فر، ولو كان فراره للحصول على الحرية التي حرم منها. والرقيق دائماً مجرد من كل الحقوق، وعلى الأخص تلك التي تتعلق بإرادة الاختيار، لأنه لايزيد عن مجرد شيء بغير قيمة<sup>(٢)</sup>.

ودعارة المرأة نوع من الرق يصفها القضاء بالرقيق الأبيض White slavery. وتحرص النظم الوطنية في كثير من الدول على حظره باعتباره تعاملاً في جسد المرأة -ولو كانت فتاة صغيرة- لأن من يقودون المرأة إلى هذا المصير يدركون أنهم يعرضونها لأسوأ صور الامتهان لنفسها وكرامتها، وأنهم كذلك يردونها إلى هاوية لا فرار لها تتعرض معها للأمراض قاتلة، ولحياة يظللها للندس والفجور يزيد من وطأتها انتقالها في الدول للفيرالية بين ولاياتها المختلفة، وعرضها لبضاعتها على من يطلبها، بما يجعل هذا الانتقال جزءاً من عملية الدعارة يسهلها ويروجها. ومن ثم كان انتقالها سواء داخل الدولة الواحدة أو فيما بين دولتين، عملاً محظوراً جنائياً بغض النظر عن وسيلة الانتقال التي تعتمد عليها لتحقيق هدفها في عرض نفسها. ويعتبر كذلك عملاً مخالفاً للقانون تحريضها على البغاء أو إكراهها على الدخول فيه، وعلى الأخص إذا كان هذا التحريض أو الإكراه واقعاً في شأن طفل أو فتاة قاصر. وتظل دعارة المرأة عملاً محظوراً، ولو لم تحقق للمرأة غرضها من الدعارة. ذلك لأن مجرد انتقالها من مكان إلى آخر بقصد تسهيل دعارتها، هو ما تحظره القوانين الجنائية، ولو لم تخالط المرأة الرجال بالفعل دون تمييز، أو خالطتهم على هذا النحو بغير أجر.

ويعتبر المحرضون على الدعارة أو الذين يغوون المرأة بها أو يحملونها عليها، مسئولين جنائياً عن فعلهم.

(١) انظر المادة ٤ من كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.  
(٢) Dred Scott.v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).

وعلى من يأوون امرأة أجنبية، أن يقدموا إلى السلطة المختصة بياناً باسمها وجنسيتها ووقت إيوائها، وغير ذلك مما يكون ضرورياً لتمكين الدولة من فرض سلطتها في مجال حظر التعامل في الأشخاص، واستغلالهم في الدعارة، بما يحط من كرامتهم. وشأن دعارة المرأة شأن دعارة الأطفال. بل إن دعارة الأطفال وفجور الرجال أسوأ بالنظر إلى إخلالهما بالجسم بالحياة العام، وتمردهما على كافة القيم الخلقية<sup>(١)</sup>.

#### د- حظر السخرة

٧٤٥- وشأن السخرة، شأن الرق في حظرها جنائياً، وامتناع فرضها بقانون. ذلك أن الأصل في العمل أن يكون اختياراً حراً، فلا يدخل فيه أحد قسراً ما لم يكن ذلك تنفيذاً لعقوبة محكوم بها، أو عملاً طارئاً لمواجهة ضرورة عاجلة لها من حداثها وعظم المخاطر التي تتأرجحها، ما يقتضى تكثف الجهود للعمل على دفعها، على أن تكون هذه الأوضاع الطارئة موقوتة بطبيعتها؛ داهمة بالنظر إلى خطورتها، كنفج عائلة فيضان.

وصار منادياً للدستور تسخير الناس في أعمال لا يقبلون بها، ولو كان ذلك مقابل أجر. ذلك أن السخرة شبيهة -في مضمونها وأثارها- بحقوق الارتفاق التي يقتضيها المتمتعون بها من المتحصلين بعينها، وكأنهم عقار مرتفق به.

ولا يجوز بالتالي فرض العمل جبراً، على مريض مودع في منشأة صحية للأمراض العقلية، إذا لم يكن لنوع العمل الذي يؤديه، صلة بعلاجه من عاهة للعقل التي أصيب بها.

ولكن يجوز فرض الخدمة العسكرية الإلزامية على من تتوفر فيه شروطها. كما يجوز إيدال هذه الخدمة بالنسبة إلى الأشخاص الذين يرفضون على ضوء عقائدهم، القيام بأعمال قتالية Conscientious objectors، بخدمة مدنية، فلا يحذرون بامتناعهم عن أدائها.

وللدولة أن تحمل المدنيين بالنفقة -إذا ماطلوا في أدائها بدون حق- على دفعها ولو من خلال تكليفهم بأعمال تعينها بقصد إرهابهم لضمان إيفائها.

ويعتبر حمل المعوزين على أداء الغرامة المحكوم عليهم بها من خلال عملهم في المسجون -بما يقابل مبلغها- شكلاً من أشكال السخرة التي يلفظها الدستور.

(١) Bassiouni, Substantive Criminal law, (1978) pp.293-294.

### هـ- حظر حمل السلاح فيما وراء حدود القانون

٧٤٦- والحق في حمل السلاح مقرر كذلك في نساتير بعض الدول بقصد تكوين ميليشيا منظمة بطريقة جيدة تكفل أمن الدولة الحرة، وتصون بها استقرارها، وبما لا يخل بتنظيم هذا الحق في حدود منطقية وملائمة. كأن تعرض الدولة رقابتها على تدلول هذه الأسلحة وتوزيعها من خلال نظم تضبط حركتها، وتسجل صور التعامل فيها، وتقرر نوع الأسلحة التي تجوز حيازتها، وشروط استخدامها.

### و- لا يجوز التمييز بغير مبرر بين المسؤولين عن الجريمة

٧٤٧- ولئن كان الأصل في الجريمة، هو معاقبة كافة المتدخلين فيها فاعلين كانوا أم شركاء؛ إلا أن المشرع قد يفرض عقوبتها علي واحد من المسؤولين عنها دون غيره. ولا يعتبر هذا التمييز مخالفاً للمستور إذا كان مبرراً.

٧٤٨- وعلي ضوء هذه القاعدة، يجوز في جريمة الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة القاصر، أن يقصر المشرع عقوبتها علي الرجل وحده، ولو كان قاصراً كذلك وقت ارتكابه لهذه الجريمة؛ وكان قد اتصل جنسياً بها بعد إغوائها إياه<sup>(١)</sup>.

ذلك أن التمييز بين الرجل والمرأة علي أساس الجنس، وإن اعتبر أصلاً موافقاً للمستور من خلال علاقة منطقية معقولة وواضحة بين أسس هذا التمييز والمصلحة التي يستهدفها المشرع؛ وكان يتعين بالتالي لحمل هذا التمييز، أن يرتبط بعلاقة جوهرية لها صلتها الوثقى بالأغراض الهامة التي يتوخاها<sup>(٢)</sup>. فلا يمايز المشرع بينهما وفق أسس تقوم علي التعميم، ولا سند لها من الفوارق الطبيعية لكل منهما؛ وكان التمييز في جريمة الاتصال الجنسي غير المشروع بين الرجل والمرأة القاصر علي أساس الجنس، مردد أن المرأة القاصر هي ضحيتهما، والرجل هو مرتكبها. وهو بعد تمييز تؤيده مصلحة ظاهرة يستهدفها المشرع وتظاهره ليس فقط التقاليد الاجتماعية، ولكن كذلك الحقيقة الفسيولوجية التي لا نزاع فيها، والتي تتمثل في أن المرأة وحدها هي التي تعاني آثار هذه الجريمة. فهي التي تتحمل في مقتبل عمرها، التكلفة النفسية لحملها غير المشروع. وقد تولاه ضرورة الإجهاض ومخاطره. وهي وحدها التي تتوء بمسؤولية تربية طفلها. وقد يلقي في عرض للطريق بالأطفال غير الشرعيين للناجمين عن هذا الحمل.

(١) Michael M.v.Superior Court, 450 U.S. 464 (1981).

(٢) Stanton v.Stanton, 421 U.S. 7 (1975); Reed v.Reed, 404 U.S. 71 (1971).

ويتعين بالتالي أن ينظر إلى التمييز القائم على الجنس، لا باعتبار أن الشبهة كامنة فيه، وإنما ينبغي التركيز في مجال تقدير دستورية هذا التمييز، على الحد الأدنى للعلاقة المنطقية بين التقسيم الذي أتى به المشرع من ناحية، والنتائج التي رتبها المشرع على ذلك التقسيم من ناحية أخرى. وإذا اختص المشرع الرجل وحده بالعقوبة التي فرضها على الاتصال الجنسي غير المشروع بالمرأة القاصر، فقد دل بذلك على توجيهه إلى إثاء الرجل عن إتيان هذه الجريمة، حتى يقي المرأة القاصر مخاطر الحمل غير المشروع.

وهي مخاطر تتحملها وحدها دون غيرها، ويزيد من وطأتها تفاقم ظاهرة الحمل غير المشروع -بطريقة مأساوية- خلال العتدين الآخرين، مخلفة وراءها أثراً خطيرة لكل من المرأة ووليدها، وللدولة التي تقم فيها كذلك. ذلك أن عدداً كبيراً من اللاتي حملن مفاحاً، أجهضن أنفسهن. والأولاد غير الشرعيين الذين نجموا عن هذا الحمل، مرشحوں في الأعم لتعليهم الدولة بما يزيد من أعبائها. والمرأة وحدها هي التي تتحمل وحدها النتائج العميقة التي يسفر عنها الاتصال الجنسي بها، سواء من الناحية الجسدية أو العاطفية أو النفسية. وهي تعمل في سن تكون فيها هذه النتائج قاسية عليها بصورة واضحة. فإذا اختار المشرع معاقبة المسام الذي يعاني لكل سبب كونه ذكراً- من نتائج سلوكه، فإن اختياره يكون مبرراً واقعاً في نطاق سلطته التقديرية<sup>(١)</sup>.

وليس مجالاً للمنطق، أن يستبعد المشرع من نطاق التجريم، الأنثى القاصر التي أراد أن يحميها، والتي يمثل احتمال حملها من جراء هذا الاتصال، رادعاً كافياً لها. وهو رادع طبيعى لا يتوافر عند الرجل.

وتقرير جزاء جنائي على الرجل وحده، هو الذي يتحقق فيه بشكل عام التعادل في مجال الردع بين الجنسين. ولا حاجة فيما يراه الطاعن من أن النص المطعون فيه، كان ينبغي توسيعه ليشمل كلا من الرجل والمرأة كشرط لدستوريته. ذلك أن تشريعاً محايداً يكفل مساواة الرجل بالمرأة في مجال الاتهام الجنائي عن الواقعة الإجرامية ذاتها سرهى واقعة الاتصال غير المشروع بالمرأة- أن يحقق الأغراض التي ابتناها المشرع من التجريم. وذلك لأمرين:

أولهما: أن تعميم الجزاء الجنائي ليشمل طرفي الاتصال، سيدفع المرأة حتماً لعدم الإبلاغ عن جريمة الاتصال الجنسي بها. وإن يكون هذا التعميم بالتالي على ذات الدرجة من الفعالية التي بلغها النص المطعون فيه.

(١) Arlington v. Metropolitan Housing, 429 U.S. 252, (1977).

ثانيهما: أن الرقابة القضائية علي الدستورية لا يعنيها أن يكون النص المطعون فيه أكثر كمالاً، ولكنها تركز علي حقيقة قانونية، هي ما إذا كان هذا النص -في الصيغة التي أفرغ فيها- قد ألزم القيود التي نص عليها الدستور<sup>(١)</sup>. فضلاً عن أن تشريعاً محايداً في هذا الاتجاه، أن يحقق المصلحة التي كان يبتغيها المشرع من تنفيذه. بل إنه مما يناقض هذه المصلحة، إقرار نص تشريعي يبلغ من الاتساع درجة يصبح معها غير قابل للتنفيذ.

والقول بأن النص المطعون فيه، قد جاوز إطاره المنطقي بما ترخاه من تجريم الاتصال الجنسي بالمرأة، ولو لم تصل إلي مرحلة البلوغ الطبيعي التي تكون معها قدرة علي الحمل، مردود بأن الأثني صغيرة السن تتعرض لمخاطر جسدية من جراء هذا الاتصال.

وليس من المقبول كذلك استبعاد الأثني الصغيرة التي لا تحمل، والتي تم اغتصابها من مجال تطبيق القانون المطعون فيه، وقصر العقوبة التي فرضها علي الأثني الأكبر سناً منها.

ولا وجه فيما يردده الطاعن من أن القانون المطعون فيه يفترض إغواء الرجل للمرأة القاصر ثم اغتصابها. إذ لا يقوم هذا القانون -بوجه عام- علي هذا الافتراض. ولكنه يمكن محاولته منع حمل الأثني المرافقة عن طريق رادع إضافي يوجهه إلي الرجل كي يردّه عن الاتصال الجنسي معها. وهو اتصال لا بد أن يؤتي الثمرة التي حرص المشرع علي تجنبها ممثلة في الحمل، وبمراعاة أن الرجال جميعهم البالغين طبيعة، يستوون في الفترة علي إخصابها.

ومن ثم لا يقيم القانون المطعون فيه تمييزاً أهوج مقسماً بالرعاية ضد المرأة. بل نقض ذلك هو ما ترخاه هذا القانون من خلال أعباء يفرضها علي الرجل، ولا يلقيها علي المرأة أو تقاسمه هي فيها<sup>(٢)</sup>. ليعكس هذا القانون حقيقة أن آثار الاتصال الجنسي الذي جرّمه، تنوء المرأة بأثقالها أكثر من الرجل.

### ٣. الضابط العام في دستورية للقوانين الجنائية

٧٤٩- وعلي ضوء العرض المتقدم، تتحدد دستورية القوانين الجنائية من جهة مضمونها وصور الجزاء التي تقارنها بمراعاة ما يلي:

(١) Kahn v. Shevin, 416 U.S. 356 (1974).

(٢) Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 690 (1973).

أولاً: أن للضرورة الاجتماعية هي التي تلهمها مادتها. فلا يؤيد المستور قوانين جنائية تتناقض هذه الضرورة أو تخل بها.

ثانياً: أن ما تتحقق في مجال القانون الجنائي من تطور، يعطي أهمية كبيرة للقيم الخلقية التي لا يجوز لهذا القانون أن يخض بصره عنها بقدر اتصالها بمصالح أساسية للجماعة لها اعتبارها. كذلك فإن ما تحقق من الناحية التاريخية سواء في مجال مفاهيم الأفعال التي تكون مادة الجريمة أو لقصد الجنائي المقارن لها، أو الأعدار القانونية التي تلابسها، لا يدعو إن يكون تطويراً لوسائل غايتها تحقيق نوع من التوازن بين الأغراض التي تتوخاها القوانين الجنائية من ناحية؛ وبين وجهات النظر المتغيرة في شأن طبيعة الإنسان من النواحي الدينية والخلقية والفلسفية والطبية. وهي توازن يجريه المشرع ويدخل في نطاق سلطته التقديرية، كلما كان تخطئه لإجراء هذا التوازن منطقياً.

ثالثاً: أن القصد الجنائي، يبلور أكثر للعناصر تعقيداً في المجال الجنائي، باعتباره متصلاً بالحالة الذهنية التي كان عليها الجاني حين أقدم مختاراً على إتيان الفعل المؤثم قانوناً. وكانت تلك الحالة أدخل إلى العوامل الشخصية التي يتعين تمييزها عن العوامل الموضوعية التي تعكس مادية الفعل أو الأفعال التي ارتكبها، والتي يكون الرجوع إليها وتقييمها كاشفاً عادة عما ناء منها، وقصد إليه من وراء مقارفتها. ومن المفترض أن الجاني إذ أراد إتيان فعل أو أفعال بذواتها، فقد قصد إلى نتائجها؛ ومن ثم يكون توافر هذا القصد فيما أتاه الجاني من أفعال - هو للقاعدة العامة، وليس الاستثناء منها.

وهو استثناء لا يقوم بالضرورة، ولا يتصور عقلاً، إذا كانت إرادة الجاني تبلى لنصرانها إلى إتيان أفعال محددة، بغرض إحداث نتيجة إجرامية بعينها.

وإما ينحصر هذا الاستثناء في حدود ضيقة، تقوم الجريمة غير العمدية على إسهال نوع من الرعاية كان ينبغي أن يلتزمها الجاني فيما أتاه، لتكون الجريمة عندئذ عائدة في بنائها إلى الخطأ، وجوهرها أعمال يخالطها سوء التقدير، أو ينتفى عنها الاحتراس والتبصر، أو تتمحض عن رعونة لا حذر فيها.

ومن ثم أحاطها القانون الجنائي بالجزاء، مُحددًا ضابطها العام بما كان ينبغي أن يكون سلوكاً لأوساط الناس، يقوم على واجبهم في التزام قدر مقبول من التحوط (Ordinary reasonable person's standard of care). لتمثل الجريمة غير العميدة انحرافاً ظاهراً عن ذلك المقياس، يتحدد بقدرة، نوع الجزاء عنها، ومقداره.

A deviation from and proportional to the level of established standards of reasonable care in conduct.

ومن ثم يكون الفارق بين عمدية الجريمة، وما دونها، دائراً أصلاً -رؤيه عام- حول النتيجة الإجرامية التي أحدثتها.

فكلما أرادها الجاني وقصد إليها، موجهها جهده لتحقيقها، كانت الجريمة عمدية.

فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يتحوط لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية. ويتعين أن يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التي تكونها، وهي عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسؤولاً عن نتائجها، إذا انفك اتصالها بالأفعال التي ألتأها.

ذلك أن مسؤوليته الجنائية عن هذا الخطأ، مسؤولية شخصية لا تقوم إلا بتوافر أركانها Pas de peine sans culpabilité. وهي بعد مسؤولية يحققها القاضي، ويستمد عناصرها من عيون الأورق، ليكون ثبوتها يقينياً -لا ظنياً- ضماناً لصون الحرية الشخصية التي كلها المستور، وتوكيداً لامتناع تعييدها بغير الوسائل القانونية السليمة التي لا يترخص أحد في التحلل منها.

وما تقدم مؤداه، أن الجرائم غير العمدية لا تقوم إلا على الخطأ؛ وأن صوره على اختلافها يجمعها معيار عام يتمثل في انحرافها عما يدع وفقاً للقانون الجنائي، سلوكاً معقولاً للشخص المعتاد؛ وأن هذه الصور على تعددها، تتباين فيما بينها سواء في نوع المخاطر التي تقارنها، أو درجتها.

ويتعين بالتالي أن يتكفل المشرع ليحدد ما يكون من صور الخطأ مؤثماً في تقديره، مع بيان عناصره التي لا يجوز افتراضها، وإنما يتعين تعيينها قطعاً لكل جنل حول ماهيتها، توثيقاً لانتباسها بغيرها، وتعييناً جلياً لما ينبغى على المخاطبين بالنصوص العقابية أن يأتوه أو يدعوه من أفعال.

رأياً؛ لأن صح القول بأن العلائق التي ينظمها القانون الجنائي، في مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه، محورها الأفعال ذاتها، في علاماتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية؛ إلا أن مادية الأفعال التي تكون الجريمة، هي التي تستخلص محكمة الموضوع منها توافر القصد الجنائي أو تخلفه. ذلك أنها تجل بصرها في الواقعة التي قام الاتهام عليها، لتحدد من خلال استقرائها لعناصرها، ما قصده الجاني من وراء ارتكابها. ومن

ثم تعكس هذه العناصر تعبيراً خارجياً ومادياً عن إرادة واعية. ولا يتصور بالتالى وفقاً لأحكام الدستور، أن توجد جريمة فى غيبة ركنها المادى؛ ولا أن يقوم الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم، والنتائج التى أحدثتها، بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.

A persons' intent in any regard is to be inferred from his conduct and ordinarily can be proven only by circumstantial evidence. Regardless of whether intent is general or specific, intent is proven to the trier of facts by the conduct of the actor which represents an objective, tangible manifestation of behavior assumed to be reflection of his or her mental state.

خامساً: إذا كان الأصل فى الأفعال التى أتاها للجائى، أن تكون تعبيراً مادياً وخارجياً عن إرادة واعية لا تتفصل عن النتائج التى أحدثتها، بل تتصل بها وتقتصد إليها، أو على الأقل أن يكون بالإمكان توقعها؛ فقد تعين على سلطة الاتهام أن تبرهن على كل واقعة ضرورية لقيام الجريمة المدعى ارتكابها، بما فى ذلك القصد الجنائى إذا كان متطلباً فيها. وبغير ذلك لا يندم أصل البراءة التى يفترضها الدستور فى كل فرد. وهى البراءة التى لا تقوم فى غيبتها ضوابط للشرعية الجنائية ومتطلباتها فى مجال صون الحرية الشخصية وكفالتها<sup>(١)</sup>.

فضلاً عن أن أصل البراءة -وهو يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، وليس بنوع أو كدر العقوبة المقررة لها- مؤداه ألا تعتبر واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل فلا يفترضها المشرع<sup>(٢)</sup>.

وكما قام الدليل على أن الجريمة محل الاتهام من الجرائم العمدية، فإن على المحكمة أن تتحقق فى إطار الأدلة التى تطرح عليها، من أن المتهم كان حين ارتكابها مدركاً حقيقتها بصورة يقينية -لا ظنية- متجهاً إلى تحقيق نيتها.

ذلك أن الجريمة العمدية تقتضى علماً من الجانى بعناصر الجريمة التى ارتكبها، فلا يقدم عليها إلا بعد تقديره لمخاطرها، وعلى ضوء الشروط التى لحاظها المشرع بها، فلا تكون نيتها غير التى قصد إلى إحداثها<sup>(٣)</sup>.

(١) "دستورية عليا" القضائية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٩ - ص ١٤٤ من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) للقضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٩ - ص ٢٨٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) الحكم السابق.

فإن لم تكن الجريمة عمدية، بل كان قوامها إهمال نوع من الرعاية التي تطلبها للمشرع؛ فإن الخطأ يكون جوهرها.

فإذا لم يبين المشرع هذا الخطأ -في محتواه وعناصره- كان التجريم مخالفاً للمستور<sup>(١)</sup>.

مبدأً: مما يناقض المستور، أن يفترض المشرع توافر القصد الجنائي في جريمة عمدية، إذ يعتبر ذلك إخلالاً بالمهام التي تقوم عليها السلطة القضائية، وبالحدود التي فصل بها بين ولايتها، واختصاص السلطة التشريعية<sup>(٢)</sup>.

مبدأً: يتعين في الجرائم العمدية، أن يكون القصد الجنائي للجاني، معاصراً سلوكه Concurrence of conduct and intent، ذلك أن سلوكه وحده لا يقيم هذه الجريمة.

وإنما يشكلها عنصران متكاملان، يبلور كل منهما أصداء الآخر ويعكسها A reflection and manifestation of the other، لتتضاهى بهما معاً علاقة السببية بين الفعل ونتيجته.

ذلك أن الجريمة العمدية، لا تفرضها الصدفة Coincidence، ولا تقتضيها عوامل الحظ Fortuitousness.

ثامناً: لا يجوز لفرض القصد الجنائي من خلال قرينة قانونية تحكمية. ذلك أن هذا القصد إرادة داخلية تعمل في نفس الجاني وتحيط بما أتاه من أفعال. وهذه الأفعال وحدها هي التي تنشي من خلال تحليلها- بما قصده الجاني حقيقة منها.

(١)، (2) القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ ص ١٤٢ وما بعدها من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

### الفصل الخامس

#### القوانين الجنائية من جهة لغتها وأسلوب تطبيقها

##### المبحث الأول

##### شرط الإخطار في القوانين الجنائية

٧٥٠- تقيد القوانين الجنائية الحرية الشخصية بصورة خطيرة. ويتعين بالتالي أن توفر للمخاطبين بها إخطاراً كافياً بمضمونها حتى لا تخفى عليهم حقيقتها.

ويعتبر هذا الإخطار شرطاً جوهرياً في النظم الجنائية جميعها، وتردده كذلك قواعد القانون الدولي العام. ولا يتحقق هذا الإخطار بداهة في جريمة لم يصدر بها قانون Nullum Crimen Sine Lege، ولا في جريمة بغير عقوبة Nullum Crimen Sine Poena، ولا في عقوبة فرضها للمشروع بغير قانون Nulla Poena Sine Lege.

بيد أن وجوب شرط الإخطار يظهر على الأخص في صورتين: تبلور أولاهما القوانين الجنائية التي طال إهمالها من خلال التخلي عن تطبيقها فترة طويلة من الزمن؛ وثانيتهما القوانين الجنائية التي يشوبها الغموض، وذلك كله على التفصيل الآتي:

##### المطلب الأول

##### للقوانين الجنائية التي طال زمن التخلي عنها

##### The Concept of Desuetude

٧٥١- نفترض بعض النظم القانونية أن التخلي عن تنفيذ بعض القوانين الجنائية لفترة طويلة من الزمن تنصل حلقاتها بغير انقطاع، هو إلغاؤه لها بصورة ضمنية.

فإذا عاد القائمون على العمل العام إلى تطبيقها، بعد أن وفر في أذهان المخاطبين بها، زوالها، كان ذلك تنفيذاً انتقائياً لهذه القوانين يخل بشرطي الوسائل القانونية السليمة، والحماية القانونية المتكافئة. ذلك أن تطبيق تلك القوانين التي طال إهمالها، مؤداه إخضاع فريق من المواطنين لأحكامها، وإعفاء آخرين من سطوتها، بما يخل بتساويهم أمام القانون، ولا يوفر إخطاراً كافياً بأن القوانين الجنائية الدائمة أو الهامدة، لا تزال تطل برأسها، لتقبض بمخالفها. على المخالفين لها.

بل إن إيقاظ القوانين النائمة من غفوتها، أو إحيائها من جديد بعد هودها، يعدل في أثره القوانين الجنائية التي يشوبها الغموض.

ذلك أن غموض هذه القوانين يخلو القائمين على تطبيقها، تنفيذها بطريقة انتقائية. كذلك فإن إنفاذ القوانين الجنائية الخامدة، مؤداه أن هذه القوانين -وأيما كان قدر وضوحها في لغتها وطريقة صياغتها- لن توفر للمخاطبين بها إخطاراً كافياً بنواحيها. ذلك أن إلقاءها في زوايا الإهمال والتجاهل، يناقض بعثها من جديد، شأنها في ذلك شأن القوانين الجنائية التي يقوم تطبيقها على التحكم، كليهما يناقض شرط الإخطار الكافي بمضمونها، ويخل بالمعاملة القانونية المتكافئة التي لا تجيز التمييز بين مراكز قانونية تتحد عناصرها، من خلال يد شريعة تفارق بينها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### القوانين الجنائية من جهة غموض معانيها

٧٥٢- تقتضى الوسائل القانونية السلمية في جوانبها الإجرائية، أن تصاغ القوانين الجزائية على نحو يكون منبثاً عن حقيقتها ونطاق تطبيقها، وبما يوفر إخطاراً كافياً Fair Notice بأوامرها ونواحيها.

فلا يلاحق أحد عن أفعال لم يجرمها المشرع؛ ولا عن أفعال أغفل تقرير عقوبتها التي لا ينفصل التجريم عنها؛ ولا أن يجهل المشرع بالأفعال التي أشمها، فلا يكون بيانها جلياً، ولا تحديدها قاطعاً أو فهمها مستقيماً، بل منبهما خافياً. ومن ثم يلتبس معناها على أوساط الناس الذين لا يتميزون بعلو مداركهم، ولا يتسمون بالحدارها، وإنما يكونون بين ذلك قولاً.

فلا يتقون من النصوص العقابية على دلالتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حسهم طريقاً إلى التخييل في شأن صحيح مضمونها ومراميها، بعد أن أهمل المشرع في ضبطها بما يحدد مقاصدها منها بصورة ينحصر بها كل جنل حول حقيقتها، مما يفقد هذه النصوص وضوحها وبقينها، وهما مطلبان فيها؛ ويجعل تطبيقها من قبل القائمين على تنفيذها عملاً انتقائياً، يتدفعون فيه بأهوائهم ونزواتهم الشخصية، بما يلور في النهاية خياراتهم التي يتصيدون بها من يريون، فلا تكون القوانين الجنائية غير شراك لا يأمن أحد معها مصيراً، وليس لأبيهم بها من نذير<sup>(٢)</sup>.

(١) يقول الدكتور شريف بسيوني في صفحة ٥٨ من مؤلفه في شأن القوانين الجنائية الموضوعية أن من الأفضل وضع قاعدة عامة في شأن القوانين الجنائية التي طرأ زمن التخلي عنها، حاصلها أن تعتبر هذه القوانين ملغاة ما لم يتخذ المشرع لإبعاد إقرارها من جديد.

(٢) دستورية عليا - للقضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٤٧-ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكام المحكمة.

يؤيد ذلك أن القوانين الجنائية تنال من الحرية الشخصية بطريق مباشر أو غير مباشر، بالنظر إلى القيود التي تفرضها عليها. وهي قيود خطيرة في مداها. وقد تصل إلى حد إرهاب أو إزهاق الحق في الحياة. ويتعين بالتالي -لضمان هذه الحرية ولإرساء أبعادها التي تمثلها طبيعتها- أن تكون درجة اليقين في القوانين الجزائية أظهر منها في غيرها من القوانين، فإذا لم تتوافر فيها خاصية اليقين هذه، شابهها التجهيل وفي ذلك إطماس لحقيقة الأعمال التي قام التجريم على أساسها.

٧٥٣- وسواء اتصل هذا للتجهيل بأحد عناصر الأعمال التي أنشأها المشرع أو بمكوناتها جميعا أو بتعيين مكان وقوعها إذا كان حدوثها في مكان معين، شرط لتجريمها، فإن محتواها لو مكان وقوعها يظل مشوبا بالنموض، بما يناقض الشرعية الجنائية التي تفترض مقابيس صارمة في مجال ضبطها حتى لا تتداح معانيها أو تنقرط. ويتعين بالتالي أن تستلهم هذه القوانين الحقائق التي تصاغ على ضوئها، والتي تتمثل علها فيما يأتي:

أولاً: أن القيود على الحرية للشخصية لا تعتبر أصلا فيها. وكلما كانت القوانين الجنائية مصدرا لهذه القيود، فإن المخاطر التي تتهدد بها الحرية للشخصية قد نصل في مستوياتها إلى حد لقتلاع هذه الحرية من منابتها.

ويتعين بالتالي أن تكون هذه القيود جلية في مضمونها، لأنها تحدد نواه علينا أن نتجنبها، وأفعالا لا يجوز تركها. ذلك أن القيود الجنائية تتعلق بفعل أو بامتناع عن فعل. ويتعين بالتالي إيضاحهما بأكبر قدر من التحديد.

ثانياً: أن غموض القوانين الجنائية، يحررها من الضوابط المحددة لنطاق تطبيقها. فلا يبصر القائمون على تنفيذها مجال سريتها، ولا تظهر هذه القوانين عملا في الصورة التي أرادها المشرع منها بالنظر إلى فهمها على غير حقيقتها.

ويزيد من صعوبة الأمر، أن غموض النصوص الجنائية، موداه ألا يبصر القضاة حقيقتها، وإنما يطبقونها في صورة تختلط ألوانها وظلالها، فلا يكون هذا التطبيق قائما على قواعد صارمة معانيها، قاطعة دلالتها. يظهر القضاة عملا وكأنهم يشرعون يختارون بأنفسهم لكل جريمة لركناها.

وفضلا عما تقدم، فإن لغموض النصوص الجنائية مخاطر لا يستهان بها، أهمها أن الذين أخطأوا فهمها من المخاطبين بها، قد يقعون عن مباشرة أفعال دخلتهم شبهة تأنيها، وإن أجازها القانون بمعناه العام. فلا يكون موقفهم من هذه النصوص غير تخط في حقيقة

معانيها، بما يعطل الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، وأهمها ردع المخالفين لنواهيها وحملهم على النزول عليها.

ثالثاً: وإذا كان غموض النصوص الجنائية Vagueness. مؤداه التجهيل بكنهها واضطرابها في تحديد حقيقة نواهيها؛ فإن تمييعها Overbreadth يفيد اتساع عباراتها وفرطحتها، واندفاع دائرة تطبيقها، ليختلط ما هو مشروع من الأفعال، بما لا يجوز منها. وفي ذلك خطر كبير على حقوق المواطنين من ناحيتين:

أولاهما: أن اتساع النصوص العقابية في عباراتها، مؤداه تعدد تأويلاتها، وانجرافها لتأكل في طريقها حقاً كفلها الدستور لأصحابها، كحرية التعبير والحق في التنقل.

ثانيتهما: أن لفتحهما -ويلنظر إلى اتساع عباراتها وانفراط قوايها- حقوقاً كفلها الدستور، مؤداه أن تتدخل السلطة القضائية بنفسها، لتحدد بمعايير تصطبقيها، نطاق الدائرة التي تتصور أن المشرع قد قصد إلى تجريم الأفعال الواقعة في محيطها، لتحل إرادتها في التجريم محل إرادة السلطة التشريعية. فلا تتقرر الجريمة بقانون، ولا بناء على قانون. وإنما يكون التأثيم عملاً قضائياً، بما يهدم الحدود التي فصل الدستور بها بين ولاية كل من هاتين السلطتين.

رابعاً: ومواء تعلق الأمر بغموض النصوص العقابية أو باندفاعها، فإن ثمة حقائق قانونية لا يجوز إغفالها، هي:

١. أن ما يصيبها من عوار غموضها أو تمييعها، يتعين أن يكون عيباً كامناً فيها، ليرتد في مصدره إليها، لا إلى طريقة تطبيقها أو كيفية فهمها.

ذلك أن النصوص الجنائية التي حدد المشرع نواهيها بصورة قاطعة؛ وبين معانيها بما لا يؤذن بتدخلها في منطقة أباحها الدستور والقانون، أو تشابكها معها، لا يجوز تعييبها دستورياً، ولو أخطأ للمخاطبون بها، أو القائمون على تطبيقها فهمها، أو أساءوا تلويحها.

٢. أن غموض النصوص العقابية أو تمييعها، يجمعها انفلاتها عن الأغراض التي تستهدفها القوانين الجنائية في انتقالها لأفعال بذواتها تقرر خطورتها على نظم الجماعة وقيمها.

٣. كذلك فإن خفاء معانيها أو اتساعها، مؤداه أن المخاطبين بها لا يتفقهون من السلطة التشريعية إخطاراً كافياً بحقيقة نوايها. في ذلك تهديد للحرية الشخصية التي يتعين أن تكون

للقيد التي تفرضها القوانين الجنائية عليها؛ قاطعة مضامينها؛ جلية عباراتها بما لا يلبسها بغيرها<sup>(١)</sup>.

٤. أن تحديد الجرائم وعقوباتها، وإن كان مما يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع في مجال تنظيم الحقوق؛ إلا أن هذه السلطة حددها قواعد الدستور، التي لا تجيز تقييد حقوق المواطنين أو حرياتهم إلا في حدود ضيقة تستلزم تخومها من الضرورة الاجتماعية التي تبلور الدائرة التي تعمل الحرية المنظمة في إطارها<sup>(٢)</sup>.

The essential purpose of a Constitution is to afford the maximum opportunity for individual freedom within a scheme of ordered liberties.

ذلك أن مناط دستورية النصوص العقابية، هو إبانته عما هو جائز وعما يكون محظوراً. وليس انطماسا في معانيها، واختلاطها بغير الدائرة التي تعمل فيها، غير عنوان غير مباشر على الحرية الشخصية، يزيد دون مقتض من نطاق القيد التي تفرض عليها.

يؤيد هذا النظر، أن النصوص العقابية التي تجهل بالأفعال موضوعها، أو التي ترددها إلى غير المجال المنطقي لتطبيقها، شأنها شأن النصوص الجنائية التي تطبق على أفعال لم تكن وقت ارتكابها، معاقبا عليها. ذلك أن مخاطر هذه النصوص في هاتين الحالتين، واحدة لأنها تأخذ للمخاطبين بها بأفعال كانوا غير منظرين بعواقبها، بما يناقض مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها كأصل في النظم الجنائية جميعها.

خامساً: أن شرط الوسائل القانونية السليمة، يفترض في النصوص الجنائية أن تكون صريحة في بيان الأفعال التي جرمتها حتى تخطر للمخاطبين بها وبصورة كافية- بمظاهر سلوكهم التي يتعين عليهم تجنبها. ولا يجوز بالتالي أن تتخبط مفاهيمها بين الحل والتحريم، لينبهم على أوساط الناس إدراكها، بما يجعلهم يحتفلون في موقفهم من نطاق تطبيقها. إذ ليس من السياسة الجنائية في شيء، أن يتصيد المشرع لشخصاً غير حزين بطبيعتهم The unwary لا يستبصرون مخاطر غموض النصوص الجنائية أو تسميها. ويقعون بالتالي في حبالها.

سادساً: أن المساطر جميعها، تتوخى أن تكفل لمواطنيها أكبر الفرص التي يباشرون من خلالها حرياتهم، في إطار من الحرية المنظمة<sup>(٣)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية - جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ - القاعدة رقم ١٧ - ص ١٥٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Bassiouni, Criminal law and its Processes, 1974, P. 40.

(٣) Winters V. New York, 333 U.S. 507, 515-16 (1948).

ويتعين بالتالى أن تفرض الجهة القضائية أكثر صور رقابتها صرامة على القيود التى يوردها المشرع فى شأن حرياتهم هذه، ليس فقط من جهة مضمون هذه القيود أو محتواها؛ ولكن كذلك من ناحية درجة اليقين التى تطرحها، والتى لا بديل عنها حتى يوفق المخاطبون بها سلوكهم معها.

سابعاً: أن العقوبة الجنائية -بالنظر إلى طبيعتها- لم تكن عبر مراحل مختلفة من التاريخ، غير أداة للطغيان والاضطهاد، يوجهها المستبدون فيما وراء أغراضها الاجتماعية، لتعبر عن إرادتهم فى التسلط على الآخرين، وعن مفاهيمهم فى التشرش بخصومهم والبطش بهم.

وظل الطغاة فى مواقعهم لا يريمون عنها، وازدادوا بها علواً حتى بعد اجتياحهم حقوق المواطنين وحرياتهم من خلال العقوبة التى لوونها بأهوائهم.

بيد أن تطوراً عميقاً طرأ على المفاهيم القديمة لتحل محلها قيم مختلفة؛ أهمها الإيمان بأن للحياة قسميتها؛ وأن الحرية أفلقها وحرمانها التى لا يجوز أن تختل موازينها؛ وأن الطبيعة المدنية للحقوق الأساسية لكل فرد، لأزمها التمكن منها والعمل على صونها؛ بما يحفظ للناس كرامتهم فى مواجهة سوء استعمال العقوبة، وتحويل أهدافها أو تشويهها.

وقد آل تراكم هذه القيم وتماسكها، إلى خلق أنماط جديدة للحياة تبنتها الأمم المتحضرة فى مظاهر سلوكها، وعلى الأخص من خلالها حزمها فى ضبط الأفعال التى تجرمها العقوبة بما يحكم معانيها فلا تنفرط؛ وبما يخلق نطاق تطبيقها على الدائرة المقصودة أصلاً؛ منها؛ وعلى نحو يكفل إخطار الجناة المحتملين، بطبيعة هذه الأفعال ونتائجها فلا تتحدد قوالها فى صورة جامدة، ولا تنمرد صيغها على حكم العقل؛ ولا تداخلها نزوة تحرفها عن مقاصدها.

ذلك أن التجهيل بالأفعال التى تؤثمها النصوص الجنائية، مؤداة ألا يتجلبها حتى الأسوياء الذين يلتزمون بحكم القانون، ولا يصون أوامره.

ولن يبصر للقضاء والمحققون كذلك حقيقة الجرائم التى يؤاخذ المشرع المتهمين بها. ومن المقصود بالتالى أن يضطربوا فى فهم أركان الجريمة التى منعمهم الدستور من مقاضاة المتهم عنها أكثر من مرة. Double Jeopardy

وبفضلًا عما تقدم، فإن غموض النصوص الجنائية، مؤداة فهمها على أكثر من وجه. وفي ذلك إخلال بضوابط المحاكمة المنصفة التى لا يستقيم تطبيقها بخير الوسائل القانونية

السليمة، وعلى ضوء القواعد القانونية عينها، وبما لا يخل بموازين العدل حتى فيما بين المتهمين أنفسهم.

ثامناً: أن جريمة احتقار لجان تقصى الحقائق التي يشكلها البرلمان، والتي يدان بها الأشخاص الذين يرفضون الإجابة على أسئلتها؛ تفترض أن يكون موضوع التحقيق واضحاً حتى لا يتخبط أوساط الناس في فهم محتواه؛ وحتى تتطابق به الأسئلة التي توجهها هذه اللجان إلى من تستدعيهم للشهادة أمامها.

ولا كذلك أن يكون موضوع التحقيق مستعصياً على التحديد الجلي المستقيم. إذ لا يتصور أن يدان بجريمة احتقار هذه اللجان، من يرفضون الإجابة على أسئلتها في شأن تحقيق تتناقض عناصره، أو يغم عليهم فهم المسائل التي يتناولها. كذلك لا تقوم جريمة احتقار هذه اللجان، ولو كان موضوع التحقيق جلياً، إذا كانت أسئلتها لا تتعلق به.

تاسعاً: وليس أشد خطراً على حقوق الأفراد من القوانين الجنائية التي شابها الغموض. ذلك أن التباسها عليهم يحملهم على التحوط من الوقوع في مغالبتها، والتخلي بالتالي عن كثير من حقوقهم وحريتهم كحرية التعبير، وحرية الصحافة، وحرية الاجتماع. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

لا يجوز أن تعرقل النصوص العقابية - من خلال انتفاء التحديد الجازم لضوابط تطبيقها، حقوقاً كفلها الدستور، كالحق في التنقل؛ أو ضمنها القانون الدولي العام - كالحق في أن تباشر السفن الأجنبية حق المرور البريء The right of innocent passage في البحار الإقليمية؛ وحق المرور العابر The right of transit passage في المضائق الدولية؛ وحرية الملاحة البحرية في المناطق البحرية الواقعة فيما وراء حدود الولاية الوطنية<sup>(١)</sup>. ذلك أن التجهيل بالنصوص العقابية، يجعل القضاء مكلفين بتحديد معناها ونطاق تطبيقها، لتحل إرادة القضاء محل إرادة المشرع فيما لا شأن لهم به.

وفي ذلك خروج بالقوانين الجنائية عن حقيقة مهامها التي تنحصر في تحديد دائرة المخاطبين بها تحديداً قاطعاً لمنعهم من أفعال لا يجوز اجتماعياً للتسامح فيها بالنظر إلى تحديها على حقوق وحرمان لا يجوز الإخلال بها؛ وإخلالها كذلك بالقيم التي ارتضتها الجماعة أسلوباً لحياتها، وتأكيداً لحقيقة أن القوانين الجنائية لا يجوز للنظر إليها، باعتبارها

(١) القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤ - للقاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٥٨

وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

مجرد إطار لتنظيم القيود على الحرية الشخصية، وإنما توفر هذه القوانين تلك الحرية مجالاتها الحيوية من خلال صور الجزاء التي تفرضها على من يقتحمون أبوابها. وفي ذلك ضمان لفعاليتها.

عاشراً: أن وضوح القوانين الجنائية؛ وإن كان مطلوباً لتقرير دستورتها، إلا أن هذا للوضوح يتعين أن يتوفر كذلك في غيرها من القوانين التي لها صفة الجزاء، ولو لم يكن جنائياً. ذلك أن جميعها ينبغي أن تحدد على وجه اليقين، نطاق الأفعال التي يفضى وقوعها، إلى الجزاء المنصوص عليه فيها<sup>(١)</sup>.

(١) Jordan v. De George 341 U.S. 223 (1951).

### الفصل السادس

#### إجراءات ما قبل المحاكمة

##### المبحث الأول

##### تقديم عام لهذه الإجراءات

٧٥٤- تصاغ القوانين الجنائية الإجرائية لضمان الفصل في الاتهام الجنائي بطريقة منصفة إلى حد النظر إلى هذه القواعد -أحياناً- بوصفها قانوناً لحماية المتهمين.

وإن كان مضمونها في الدول الديمقراطية يغير نظيراتها في الدول الشمولية أو الديكتاتورية التي تعطي الأهمية الأكبر، والأولوية الأولى، لأوضاع مجتمعاتها، ولضرورة ضمان استقرارها وتحقيق مصالحها في القبض على الجناة وإدانتهم.

وهي نظرة منقذة، ذلك أن مكافحة الجريمة، وإن كان مطلباً للدول جميعها على تباين اتجاهاتها ومذاهبها، إلا أن سعيها لتحقيق هذا الغرض، توزنه حقائق العدل التي يتعين فرضها، وقيم الكرامة الإنسانية التي لا يجوز التفريط فيها.

وهو ما دعا الدول الأكثر حرصاً على هذه الحقائق، وتلك للقيم، إلى جعل نظمها الجنائية اتهامية في طبيعتها، وليس مجرد نظم تقييية تطارد المشبوهين وكأنهم الجناة.

وإلى قواعد القانون العلم ترد جملة القواعد الإجرائية المقررة لمصلحة المتهم، ويندرج تحتها ألا يبدان متهم بغير قرائن ظرفية متساندة تؤكد ارتكابه للجريمة؛ وألا تزر الجريمة التي ارتكبتها وزرين، وأن يفترض تولف أصل البراءة فيه ما لم يكن قد أدين عن الجريمة بحكم بات.

ولا يجوز بالتالي أن يدخل في زمرة المجرمين قبل صدور هذا الحكم؛ ولا أن يبدان عن الجريمة التي اتهم بها بناء على مجرد الشبهة؛ ولا أن تكون القرائن الظرفية التي تحيط بالجريمة، متناقضة أو يناقض بعضها البعض؛ ولا أن يعتبر مسئولاً عن الجريمة على ضوء واقعة يفيد منها، ولكن النية لم تكشفها، بل أخفتها.

وهذه القواعد -وما هو على شاكلتها- علتها أن الاتهام الجنائي يطرح خصومة بين طرفين غير متساويين هما النيابة بموالاتها ومطلبتها التي تتركز فيها عناصر قوتها، والمتهم المائل أمامها، وهو دونها في الوسائل التي يملكها لنقض الاتهام.

إلا أن شرط الوسائل القانونية السليمة يوفر قرأً من التوازن في الحقوق بين الطرفين. ويتحقق هذا التوازن من خلال حد أدنى من الحقوق التي يكتفلها المستور لكل متهم، من بينها أن يكون محاميه إلى جانبه في مرحلة المحاكمة بكل أجزائها، وكذلك في المرحلة الحرجة التي تنقضيها، وألا يحمل على الشهادة بما لا يريد؛ وأن يواجه شهود النيابة بشهود من عنده، وأن يجرح شهودها لوثير شكلاً معقولاً ولمصدقينهم؛ وألا يفاجأ بواقعة تعزز مركزه في نفي التهمة، ولكن النيابة أخفتها.

### المطلب الأول

#### أهمية الإجراء في المواد الجنائية بوجه عام

٧٥٥- وتدل التجربة على أن مجرد الاتهام بالجريمة قد يلحق بالمتهم أضرار الأضرار والندحها. ذلك أن الاتهام بها، وإن كان مختلفاً عن الدليل على ارتكابها؛ إلا أن الجماهير في توترها من الإجرام، وغضبها وتورثها على الجناة، كثيراً ما تحيط المتهمين بألوان من المعاناة، وبأجواء من القهر يعليشونها دون ما جريرة، وكأنهم مذنبون بالاتهام Guilt by Accusation، ولو كان بغير دليل. وليس ذلك غير نكول عن العدل بسحق للمتهم بغير دفاع من جانبه.

وقد يحبس المتهم احتياطاً حتى يحاكم ما لم يقدم كفالة للإفراج عنه. وقد يفقد عمله، أو يصد قرار بوقفه عن مباشرته. وقد يثار الغبار حول نزاهته، وتتغير علاقاته العائلية والمأطفية أو تركد على أعقابها، وعلى الأخص إذا كان محترفاً لمهنة يقوم الاختيار فيها على حسن السمعة. فالبنوك لا يعينها غير طهارة العاملين فيها ونقاء سيرتهم. فإذا اتهم أحدهم بالاختلاس، فقد وظيفته بها بغير تردد. والاتهام في الصور المتقدمة جميعها، بقعة سوداء لا يزيلها المتهم إلا إذا بذل جهداً متواصلاً لرفعها. والحقوق الإجرائية الكاملة التي تكفلها للاستائر للمتهمين، هي وحدها الضمان لإتصافهم ولتحقيق العدالة في محاكمتهم.

ويفترض بالتالي في كل إجراء يتخذ قبلهم أن يكون مقرراً من أجل الوصول إلي الحقيقة، كإفلا موازين الاعتدال في غير أفعال، وبعيدا عن التحكم.

وعلى ضوء هذه الموازين لا يجوز أن ينتزع دليل قهراً؛ ولا قصر تطبيق الوسائل القانونية السليمة على المتهمين. ذلك أن مفاهيمها تحيط بالقضاء وبالمحيطين وبالمشرعين، على تقدير أن كل ضمانات إجرائية، لها صلة وثيقة بحقائق العدل التي لا يجوز للتربط فيها. وهو ما تؤكد قراءة وثائق إعلان الحقوق التي تدل أحكامها على أن غالبيتها من طبيعة إجرائية.

بل إن الإجراء -كلما كان منصفاً- هو نقطة الفصل بين النزوة وإعمال حكم القانون.

والقواعد الإجرائية في تطبيقها المباشر، هي التي تكفل عدالة متكافئة يظلها القانون. Equal Justice Under Law. ومن ثم كانت العدالة الإجرائية، عنصراً رئيسياً في مفهوم الوسائل القانونية السليمة.

وإذا كان القضاء يترددون كثيراً في إبطال القوانين الجنائية الموضوعية بالنظر إلى تعلق محلها في كثير من الأحيان بالسياسة التشريعية التي ينتهجها المشرع في كثير من الشؤون التي يحيط لكثير من غيره بها، كتتظيم الاقتصاد؛ إلا أنهم ينفرون سريعاً لمواجهة كل خلل في القواعد الإجرائية التي فرضها<sup>(١)</sup>. بل إن ضمانهم للحرية الشخصية، يقتضيهم تطبيق هذه القواعد في مجموعها، فلا يؤخذ ببعض جوانبها. وإنما النظرة الكلية الشاملة لكافة مفرداتها، هي التي تعيدهم على إدراة العدالة الجنائية وفق متطلباتها<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الناس بوجه عام يختلفون حول السياسة التشريعية الضريبية مثلاً، إلا أنهم يلتفتون حول حقيقة لا نزاع فيها، حاصلها أن القواعد الإجرائية التي لا تحكم فيها، هي المدخل إلى إنصافهم والطريق إلى ضمان عدالة منصفة، في مواجهة سوء استعمال السلطة البوليسية التي لن يكبحها غير شرط الوسائل القانونية السليمة، وحيدة للقضاء واستقلالهم.

والناس جميعهم يدركون مخاطر قرع الشرطة لأبوابهم في ظلمة الليل، واستجوابهم لهم بصورة مرهقة بما يحطم إرانتهم، ومداومتها منازلهم بغير إذن تقشيش، وتقييدها لحريتهم الشخصية في أماكن الاحتجاز التي تودعهم فيها.

ويستنهضون بالتالي من الدستور، كل الحقوق التي تكفل حصن معاملتهم. فلا يدانون بغيا، ولا تدار العدالة الجنائية علي نحو يؤذن بانحرافها عن غاياتها.

فالحقوق التي تكفلها الدستور، مقررة للناس جميعهم أشقيائهم وأبرياءهم. والقواعد الإجرائية تظل أفضل الرجال وأسوأهم. فالعدالة للناس جميعهم، وهم متساوون قبلنا؛ ليس فقط

<sup>(١)</sup> فالمرشع مثلاً قد يضع حداً أدنى للأجور لا يراه قيلاً خطيراً على حرية التعاقد بناء على مصلحة عامة يقدرها. وقد ينظر إلى تصرفه كمسياسة تشريعية حكيمة. ولا كذلك إنكار حق المتهم في محاكمة منصفة أو في أن يمثل بشخصه في كل إجراءاتها.

<sup>(٢)</sup> وشبهه بذلك ما هو مقرر في قضاء محكمة النقض من أنه إذ قام الحكم المعلوم فيه على قرآن متساندة، ثم ظهر فساد بعضها أو إحداها، فقد تعين نقض الحكم إذ لا يعرف مبلغ الإثر الذي كان للدليل الباطل على تكوين عقيدة محكمة الموضوع.

لأنها أكثر ملاءمة أو أكثر فاعلية، وإما كذلك لأن كل مواطن في كنفها يحيا آمناً مطمئناً، ومتمتعاً بكل أوجه الحماية التي كفلها الدستور والمشرع.

### المطلب الثاني

#### أهمية الإجراء في مرحلة ما قبل المحاكمة

٧٥٦- ولو أطلق رجال الشرطة أيديهم لتتال من كل حرمة، لصار القانون هشياً بفطهم. وتلك مخاطر جسيمة لن يحمّلها أحد. ولن يقوم بها مجتمعهم سوياً، لينهار عمداً. وليس ردع للمجرمين هدفاً وحيداً للقانون الجنائي. ذلك أن صون كرامة الإنسان في إطار الحرية المنظمة، من أغراضه.

وتحيط الوسائل القانونية السليمة بتطبيق القانون الجنائي. وهي وسائل لها من مرونتها ما يكفل مواجهتها لصور مختلفة من العدوان على الحرية الشخصية. ولا نتحد بالتالي ضوابط تطبيقها. فالأحداث يخلطون في مستويات هذا للتطبيق عن البالغين. ومفهومها في المراحل السابقة علي محاكمة المتهمين، غير أبداها بعد إدانتهم.

ولكنها تتطلب في كل صور تطبيقها أن يكون إتصافها من سماتها الرئيسية. ذلك أن طلبها وإن كان حقاً مطلقاً، إلا أن نطاق تطبيقها ليس موحداً. ولا يجوز بالتالي حبسها أو اعتقالها في مفاهيم جامدة. إذ هي في كل صورها نتاج العقل والحقائق التاريخية والمواثيق القضائية؛ وحصاد نوع المصالح التي تولجها؛ وتعدد البدائل التي كان يمكن إحلالها محل الإجراء المتخذ؛ ونقطة التوازن بين مزاياه والأضرار المترتبة عليه. وجميعها عوامل بيد القاضي النظر فيها ولو اتخذ الإجراء وقت التوتر أو الأزمة.

ذلك أن الحقوق الجوهرية التي تملكها في إطار الوسائل القانونية السليمة، لا يجوز إرجاؤها. ولا يعتبر حق الناس في الأمن، نفعياً لطلبهم تحقيق الحرية وفرض متطلباتها.

والإصرار على الحرية ليس نقيض الأمن، ولا مؤدياً إلي هدم الأسس التي يقوم عليه. وقوة الأفراد في مجتمعهم أساسها حريتهم. ولا زال عنصر الإجراء في القاعدة القانونية أكثر أهمية من مضمون هذه القاعدة ذاتها. ذلك أن الإجراء ضمان للحرية.

والتوانين الجنائية في جوانبها الموضوعية -رأياً كان قدر سوئها- يجوز التعايش معها لو أحسن تطبيقها بصورة محايدة.

ولو خير الناس بين تطبيق قوانين منصفة بمفاهيم النظم الشمولية، وتطبيق قوانين سيئة بمفاهيم النظم الديمقراطية، لكن عنصر الإجراء نقطة التفاضل بين هذين النوعين من القوانين. ذلك أن الإجراء -وكما كان منطقياً- ينفض عن القوانين الشمولية معانيها. فإذا كان الإجراء واقعا في غير نطاق الوسائل القانونية السليمة، فإن القوانين التي يتصل بها الإجراء -رأيا كان قدر موضوعيتها- تنقد مزايها. فلا يكون تطبيقها إلا موازيا في الأكثر لتطبيق القوانين للشمولية بوسائل قمعية<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### مضمون شرط الوسائل القانونية السليمة

٧٥٧- وفي النظم الفيدرالية، يثير سؤال هام وخطير حول القيود التي يجوز أن يفرضها شرط الوسائل القانونية السليمة، على الطريقة التي تدير بها كل ولاية محاكماتها الجنائية<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن كل ولاية -سواء عدا الجرائم التي تنشئها السلطة الاتحادية- تختص بتحديد كل ما يعتبر جريمة في نطاق إقليمها، مقيدة في ذلك بالضوابط التي يفرضها الدستور عليها، ومن بينها عدم جواز إقرار قوانين جنائية رجعية الأثر؛ وعدم جواز معاقبة شخص بغير محاكمة؛ وعدم جواز حرمان أحد من الحق في الحرية أو الحياة أو الملكية بغير الوسائل القانونية السليمة التي تعتبر في ذاتها محصلة تاريخية A historic product ترتد في جذورها الأولى إلى الفصل ٣٩ من الماجنا كارتا Magna Carta<sup>(٣)</sup>.

(١) David Feilman, The Defendant's Rights Today, The University of Wisconsin Press, pp. 3-24 (1976).

(٢) في قضية Rochin, v. California 342 U.S. 165 (1952) ضد ولاية كاليفورنيا كان بعض معاوني مفوض الشرطة بولس أنجلوس، قد تلقوا بعض المظومات التي تقيّد تجار روشين في المواد المخدرة، فتوجهوا في مسيحية أول يوليو ١٩٤٩ إلى منزله، فوجدوا باب الخارجي مفتوحا فدخلوه، ثم اقتحموا بابا يؤدي إلى غرفة نومه التي أسفر تفتيشها عن وجود كبسولتين على منضدة مجاورة لسريده. وحين سئل عنهما، قام بإبلاغهما، فقفز رجال الشرطة فوقه محاولين استخراجهما من فيه، إلا أن استعمال القوة من جانبهم لم يجد نفعاً بسبب المقاومة التي أبداهما، فاقتادوه إلى مستشفى حيث قام أحد الأطباء -سواء على طلب شرطي- بإدخال محلول إلى معدته وضد إرادته، فاستقرغ ما فيها مختلطاً بالكبسولتين اللتين تبين فيما بعد، اختواءهما على مادة المورفين. وقد اعتبرت المحكمة العليا للولايات المتحدة هذا الإجراء، تكبيراً فجاً منافيّاً للقيم الإنسانية ومصادماً للشعور العام.

(٣) في هذا الفصل وعد الملك جون بأن الرجل الحر لن يؤخذ أو يسجن أو ينفى أو يدمر على أي نحو، ولا لن يسلط عليه أحد، ما لم يكن ذلك بمقتضى حكم مشروع يصدر عن نظرائه his peers أو بمقتضى قانون البلد.

ومرد ذلك أن الوسائل القانونية السليمة تبلور مجموع الحقوق القائمة على القيم الخلقية، والتي تصل في عمقها إلى حد اعتبارها جزءاً من التقاليد التي تربط الدول بمجتمعاتها، والغائرة كذلك في وجدان شعوبها بما يجعلها من الأفكار التي تحدد ما يعتبر منصفاً Fair وخفاً Right وعدلاً<sup>(١)</sup>.

وتفرض المحكمة الأعلى في الدولة الفيدرالية رقابتها على مسار المحاكمة، وكذلك في شأن القواعد الإجرائية التي تحيطها، والتي يعتبر الحكم بالإدانة خاتمتها، حتى تستوثق بنفسها من ضمان مفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة. ذلك أن شرط الوسائل القانونية لارتبط في كثير من تطبيقاته بكل ضمانات إجرائية تكفل حقوق المتهمين. وهي بعد ضمانات لا تستقل السلطة التشريعية ببيان حدودها، وإنما هي قيد عليها وعلى السلطتين التنفيذية والقضائية كذلك. ولكل الأشخاص حق في هذه الوسائل التي لا تقوم العدالة بدونها موية على قدميها. وليس ثمة صياغة موثوق بها تتحدد على ضوءها معايير هذه العدالة، ولا ضوابط تطبقها، وإن تعين القول بأن هذا الشرط ضمانات إجرائية ضد سوء استعمال السلطة وللتحكم. وهو كذلك ضمانات مركزة تعبر المستأثر عنها بصورة موجزة؛ وإن كان هدفها ضمان الحصانة الشخصية التي تقتضيها الحرية المنظمة<sup>(٢)</sup>.

وغموض نصوص الدستور أو خفاء معانيها ليس بشيء يدعو إلى الأسى. فالكلمة رمز لشيء، وهو تفصح عن نفسها من خلال حاشية قد تكون تاريخية أو غير تاريخية، وعلى ضوءها يتحدد معناها.

ويعتبر شرط الوسائل القانونية السليمة من أكثر الشروط خفاء في مجال تحديد معناه، وأكثرها شمولاً على نطاق صور الحرية التي يكتفلها. بيد أن غموض هذا الشرط لا يعني أن تبتدع المحكمة من عندها مفاهيم تنسبها إليه، تعكس بها وجهة النظر للشخصية لقضائيتها، وأن كان عليها أن تنظر لكل حالة على حدة، وأن تحدد لهذا الشرط معناه على ضوء ظروفها وما

(١) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937); Solesbee v. Balkcon, 339 U.S. 9 (1950).

(٢) من تطبيقات هذا الشرط أن القبض أو التفتيش غير المبرر، يخول المضرور الحق في التحويص والحصول على غير ذلك من أشكال للترضية القضائية التي يكتفلها الدستور أو المشرع.

Monroe v. pape, 365 U.S. 658 (1961).

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٧ من الدستور المصري من أن كل عدوان على الحقوق والحرثات المنصوص عليها فيه، يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى العمومية الناشئة عنها بالتقدم. فضلاً عن حق ضحايا هذه الجرائم في الحصول على تعويض من الدولة.

يحيط بها تقاليد، ووفق طبيعة المصلحة التي وقع الإخلال بها، وكيفية خرقها، والبديل المتاحة عن الإجراء المتخذ، وحدود التوازن بين أضراره وفوائده<sup>(١)</sup>.

ولئن كان مفهوم ذلك الشرط غير محدد، وليس نهائياً، إلا أن القيد الذي يفرضها ترتبط بالنظرة الشاملة للنهج القضائي في بلد معين، وكذلك بتطور القانون، وبدلالة الاكتضاء العقلي. ولا يجوز القول بالتالي بأن ذلك الشرط إحياء للقانون الطبيعي، ولا تجميده عند لحظة زمنية أو فكر محدد، وإلا آل أمر الرقابة القضائية على الدستورية إلى عملية آلية لا دور للقضاة فيها. على أن يكون مفهوماً أن شرط الوسائل القانونية السلمية *Procedural due process*، ليس مجرد ضمانة إجرائية ضد التحكم والتسلط، وإنما هو كذلك ضمانة موضوعية *Substantive due process* تواجه تحكم المشرع في مجال النصوص القانونية التي يقرأها أو يصدرها والتي يخل بها بحق الأفراد في الحياة أو في الحرية أو في الملكية *Arbitrary legislation*.

وكما أثر شرط الوسائل القانونية السلمية في خصومة جنائية، فإن تطبيقه عليها يقتضى تقسيماً يستند إلى موضوعية التحقيق الذي تجريه المحكمة بروح علمية، وإلى عرض متوازن للحقائق التي تطرحها للمحاكمة، وإلى تقدير متجرد للمصالح المتناحرة، وإلى ضرورة التوفيق بين متطلبات الاستقرار، وفرائض التغيير في جماعة بذاتها لها تقاليدها وقيمها وثوابتها.

ولا يتصور في الدول الفيدرالية، أن تكون لكل ولاية من وحداتها الإقليمية، مفاهيمها الخاصة في شأن الإطار العام للحقوق التي يملكها المتهم في مواجهة سلطة الاتهام؛ ولا أن تحدد هذه الحقوق على نحو ينزل بها إلى مادون المستويات الموضوعية التي درج العمل في الدول الديمقراطية على احترامها؛ ولا أن تخل الضوابط الكلية للتجريم بين ولايتها المختلفة كأن تقرر إحداها أثراً رجحاً للقانون. ولا يجوز كذلك أن يتقرر بطلان دليل في ولاية، وأن يقبل في غيرها<sup>(٢)</sup>، ولا أن تتسامح إحداها في قبض أو تفتيش بفتقر إلى المعقولة *Unreasonable search or seizure* أو تسقط حق المضرورين من أخطاء القائمين على تنفيذ القانون في الحصول على تعويض لجبر الأضرار الناجمة عنها<sup>(٣)</sup>. فذلك كله مما يناقض الخطوط الرئيسية للعدالة الجنائية الإجرائية.

(١) Joint Anti fascist Refugee Comm. V. McGrath, 341 U.S. 123 (1951).

(٢) Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents, 403 U.S. 388 (1971); Bell v. Hood, 327 U.S. 678 (1946).

(٣) Foote, Tort remedies for police violations of Individual rights, 39 MINN. L. Rev. 493 (1955).

ذلك أن شرط الوسائل القانونية السلمية، وإن كان مستعصياً على التحديد النهائي لمحتواه، إلا أن تحديده -في التصور الإجمالي- يستلزم مراعاة ضوابط ومعايير للسلوك لا تنتهي إلى قرار بالإدانة بناء على وسائل تهدد معنى العدالة ذاتها، كأن يقر شخص فُهراً بجريمة، ولو قام الدليل على أن إقراره مطابق للحقيقة الواقعة. ولا يجوز بآلية حال إضفاء عيادة القانون على أعمال رجال الشرطة الوحشية وسلوكهم المصالح للوجدان، وإلا كان ذلك مدعاة لاحترار القانون، وإهداراً للقيم التي يمثلها، وإنكاء للنزعة العدوانية في الجماعة، لتسودها شريعة القوة.

وكما انتزع رجال الشرطة إقراراً بالجريمة بوسائل تفوق التصور في عدوانيتها ووحشيتها، وعلى نحو يناقض الكرامة الإنسانية، كان تصرفهم إخلالاً جسيماً بشرط الوسائل القانونية السلمية، خاصة وأن الدستور يكفل الحماية للحقوق في جرائنها للعملية وليس من معطياتها النظرية<sup>(١)</sup>.

(١) Turner v. Pennsylvania, 338 U.S. 62 (1949); Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936); Stein v. New York, 346 U.S. 156 (1953); Watts v. Indiana, 338 U.S. 49 (1949).

وفي هذه القضية الأخيرة، عزل المشبوه بغير أن يعرض في طاوور عرض لأيام عدة، ويغير أن يذهب إلى حقوقه، ومع حبسه في زنزلة الفردانية، ويغير أن يتوافر له مكان للنوم سوى على الأرض، ومع أسئلة متتابعة توجه إليه يومياً فيما عدا يوم الأحد. ومع تتارب رجال الشرطة في توجيههم لهذه الأسئلة وفترات تتراوح بين ثلاث ساعات وتسع ساعات ونصف في اليوم الواحد.

## المبحث الثاني

مدخل عام للقبض والتفتيش<sup>(١)</sup>

٧٥٨- ينالض القبض والتفتيش بخير مموغ، حق المواطنين في تأمين أشخاصهم ومساكنهم وأوراقهم ومنطقتهم للشخصية من صور القبض والتفتيش غير المبررة<sup>(٢)</sup>. ولا يجوز بالتالي أن يكون أحدهما أو كلاهما مدخلا لإهدار كرامة الإنسان أو لاحتكام خواص الحياة ودخائلها بطريقة يظنها التحكم، سواء كان للقاءم بالقبض أو التفتيش رجل شرطة أو غيره من القائمين على تنفيذ القانون.

وإذ كان من المقرر قانونا أن للمنازل حرمة، وأن من يقرعون أبوابها من غير أهلها ويدخلونها دون إذن منهم، إنما ينتهكونها؛ وكان الأصل في حقوق الإنسان أنها تعبر عن أحوالها في كل المصور، فلا يتقيد إنفاذها بزمان معين، ولا بجبل دون آخر، ولا بطريق يكفها دون طريق؛ وكان لهذه الحقوق من شمولها واتساع دائرة تطبيقها، ما يجعلها من شرائط الحياة الملائمة ومتطلباتها الأمانة؛ فقد تعين أن ينظر إليها بوصفها حقوقا دائمة لا تبديل فيها، ولا قيد عليها يعطل الأغراض المقصودة منها، وأن ثمة توازن يتعين أن يتحقق بين إطلاق هذه الحقوق، وبين ضرورة فرض قيود منطقية عليها لا تحد دون مقتضى من المجال الطبيعي لحركتها. ومن ثم جاز القبض والتفتيش كلما كان مبررا بقرائن ظرفية لها أصلها في الأوراق، ولها من رجحان دلالتها، ما يبرز الاحتكاك بجديتها.

والأصل في هذه القرائن ألا تصل في جزمها إلى حد التيقن من وقوع الجريمة، ومن نسبتها إلى شخص معين.

ذلك أن الإذن بالقبض أو التفتيش ليس دليل وقوع الجريمة، ولا هو تحديد لشكل أو درجة الإسهام في ارتكابها؛ وإنما هو إرصاص بها. وهو بذلك ليس دليلا عليها، ولا قطعا بالمسؤولين عنها، ولن تعين دوما أن يصدر الإذن بناء على قرائن الأحوال التي لا تهبط إلى مجرد الشبهة التي ليس لها من ساق، ولو كان الإذن مصحوبا بيمين<sup>(٣)</sup>.

(١) كان ينظر دائما في إنجلترا إلى حظر الإذن والتفتيش غير المبرر، على ضوء العبارة الشهيرة التي تقول إن بيت الرجل قلعه Every man's house is his castle وقد تحقق تطبيق هذا المبدأ في قضية Symayn'e Case التي فصل فيها عام ١٦٠٣ والتي اعترفت بحق صاحب المسكن في الدفاع عن حرمة في مواجهة اقتحامه غير المشروع حتى من قبل رجال الملك.

(٢) تتحدد منطقية التفتيش على ضوء ثمة الوقائع والظروف ذات الصلة.

United States v. Rabinowitz, 339 U.S. 56 (1950).  
(٣) United States v. Ventresca, 380 U.S. 102 (1965); Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

وتعين بالتالى أن تدارن الإذن قرأتين ظرفيه لها من رجحانها ما يبرر صدوره Probable Cause وهو ما يقتضى من القائمين على تنفيذ القانون -وكما كان ذلك عمليا- الحصول على إذن بالقبض أو التفتيش قبل مباشرتهما.

وليس لازما دوما أن يصدر الإذن عن قاض، وإنما يكفي أن تصدره جهة لها من استقلالها، ومن انقطاع صلتها بالموضوع المعروض عليها Detachment، وزوال مصلحتها فيه، ما يكفل الاطمئنان لتجرد تقديرها بوقوع جريمة ما، وبالمسؤولين عنها، من النوازع الشخصية التي تميل بميزان الحق عن حدوده<sup>(١)</sup>.

وإذا قيل بأن بطلان القبض أو التفتيش غير المأذون بهما بالمخالفة للدستور، كثيرا ما يحبط جهود رجال الشرطة في مطاردة الجناة وتقبيلهم، ويبطل أعمالهم بناء على دفع بطرحها المتهمون، ونقوم على أدق التفاصيل والحيل القانونية التي لا يظن إليها غير رجال القانون الأكثر خبرة، الذين يدركون قواعد القانون المعقدة، وينفذون من ثرائها التي يطلون بها كل دليل تأتي من قبض أو تفتيش تم بالمخالفة للقانون أو الدستور؛ إلا أن حل هذه الصعوبة لا يتحقق بإطلاق اللسان لسلطة القائمين على تنفيذ القانون، وإنما من خلال تقرير ضوابط معقولة لها لا يكون فهمها عسيرا، ولا تحيط بهم لتكبل أقدامهم.

ويتحقق هذا التوازن من خلال الاستثناء من شرط الإذن في القبض والتفتيش في أحوال خاصة يندرج تحتها أن بعض الظروف الملحة Exigent circumstances قد تبرر إجراءهما بغير إذن. كأن تكون المنطقة التي يتم فيها التفتيش العارض على القبض Incident to arrest واقعة في سيطرة المقبوض عليه؛ وكذلك إذا توافر للقائمين على تنفيذ القانون مبرر معقول للاعتقاد بأن هازبا يقيم في منزل، وأن وجوده فيه يهدد حياة آخرين<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الأول

#### استبعاد كل دليل يأتي من مصدر غير مشروع

٧٥٩- وأظهر العمل كذلك في بعض الدول الفيدرالية، أن الموظفين الفيدراليين كثيرا ما يختلقون أدلة بالمخالفة للدستور؛ وقد يدورون حول الدستور بإرسالهم الأكلة غير المقبولة أمام المحاكم الاتحادية، إلى النيابة العامة المحلية في الولاية لاستخدامها ضد المتهمين الذين تتعلق

(١) Shadwick v. City of Tampa, 407 U.S. 345 (1972).

(٢) New York V. Burger, 282 U.S. 691 (1987); Illinois v. Rodriguez, 294 U.S. 177 (1990); Maryland V. Buie, 494 U.S. 325 (1990).

هذه الأدلة بهم، وكأنهم يقدمونها للسلطة المحلية على طبق من الفضة<sup>(١)</sup>. وفاتهم أن استعمال الأدلة الملوثة أمام القضاء، ليس سياسية قضائية سيئة يجوز أن يشرع الكونجرس على خلالها، وإنما يدين الدستور استخدام هذه الأدلة، فلا يجوز قبولها. خاصة على ضوء ما لوحظ من أن وسائل المراقبة على رجال الشرطة لحملهم على الخضوع للقانون، لم تنههم عن مخالفتها. وصار ثابتاً أن قاعدة استبعاد الدليل الباطل، يتعين أن تكون نهجاً يحكم العمل في المحاكم الفيدرالية والمحلية على سواء؛ وأن ضمانات الإذن المبرر التي يحيط بها الدستور القبض والتفتيش، يتعين الإصرار عليها بما يكفل تطبيقها في كل الفروض التي تسعها، ولو أن هذا للتطبيق إلى إطلاق مراح بعض المجرمين للضالعين في الجريمة. ذلك أنهم يفلتون بحكم القانون من عقابهم عنها.

وليس أسرع في هدم النظم القانونية من الإعراض عن تطبيقها من خلال أفعال تأنيها الدولة، وتناقص بها شرعية وجودها، خاصة وأن الجريمة بالضرورة مرض معد، وأن السلطة التي تنقض بيدها القوانين التي وضعتها بنفسها، إنما تحمل غيرها على احتقار القانون وتضعهم إلى الحصول على حقوقهم بأيديهم. ولا بديل عن هذا التحكم غير هدم كل دليل باطل إصلاً لحكم الدستور، وليس كمجرد سياسة قضائية يجوز أن تشرع السلطة التشريعية على خلافها.

يؤيد هذا النظر: أن الاعتماد على دليل تأتي من تفتيش باطل، لا يقل سوءاً عن انتزاع أقوال تؤثم من يخلون بها قهراً. كلاهما يتحقق بالمخالفة للقانون حتى يتهدأ للجريمة الدليل عليها<sup>(٢)</sup>. فضلاً عن أن مداومة الناس لإدانتهم بها، مؤلدة لاختراق خواص حياتهم وحرمة منازلهم *The sanctity of a man's home and the privacies of life*.

ذلك أن دخول المنازل بغير إذن أهلها، ودون ترخيص بدخولها يصدر عن السلطة المختصة بإصدار الإذن بتفتيشها، ليس مجرد قرع على أبوابها، ولا هو مجرد فض للخزائن والصناديق والأكراج الموجودة بها وبعبثة لمحتوياتها. وإنما يدخل إخلالاً جسيماً بحقهم في الأمن والاطمئنان، وكذلك بحريتهم الشخصية، وبملكيته الخاصة. وهي حقوق تظل قائمة لصاحبها ما لم يسقطها حكم قضائي يكون باتاً. ولا يجوز بالتالي تجريمهم بناء على تفتيش.

(١) *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

(٢) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

باطل ينتزع أوراقتهم الخاصة، ويصادر أشياء يملكونها<sup>(١)</sup> فالنتقيش في هذه الصور جميعاً يهاض ما يتوقعونه عقلاً من أن تظل لمنزلهم حرمتها<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالتالى استبعاد الدليل الناجم عن هذا التفتيش، ولو كان القائمون بالتفتيش الباطل، سيحصلون على ذلك الدليل لا محالة بالوسائل القانونية، أو كان لهم من حسن نيتهم، ما يرد عنهم شبهة الاندفاع إلى إجراء هذا التفتيش. وليس ثمة بديل عن إبطال الدليل في هذه الصور جميعها، ولو كان سببه فنياً. خاصة وأن استعمال الأشياء التي تم ضبطها من خلال التفتيش الباطل في محاكمة جنائية، يضر بمركز المتهم بصورة خطيرة، وينطوى كذلك على عدوان على ملكيته، ولو كان ما حاق بها من ضرر تلفها *So minute*.

كذلك لا يعتبر حصول المضرور على تعويض منني من جراء التفتيش الباطل، بديلاً عن استبعاد دليل تأتي من هذا التفتيش. وهي قاعدة يتعين تطبيقها كذلك على كل دليل تأتي من إكراه<sup>(٣)</sup>.

ذلك أن تقديم مثل هذا الدليل إلى القضاء، مؤداه استعماله ضد المكره ليكون منتهكاً إلى تجريمه بالمخالفة لحظر تجريم الشخص لنفسه.

ويعتد بكل دليل تأتي من تفتيش صحيح، ولو لم يكن لهذا الدليل صلة بالجريمة التي تعلق التفتيش بها، سواء في أدواتها أو ثمارها<sup>(٤)</sup>. *The fruits and instruments of the crime*.

(١) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

ويتعين كذلك عدم كل دليل تأتي من قبض غير مشروع وكذلك كل ما اشتق عن هذا الدليل من قول أو اعتراف. ومن ثم يبطل كل اعتراف نجم عن احتجاز غير مشروع ما لم يثبت أن الصلة بين هذا الاحتجاز وذلك الاعتراف ضئيلة إلى حد يمكن معه القول بأن الاعتراف لم يثقل بالاحتجاز وتسرى هذه القاعدة على بصمات الأصابع وغيرها من الأدلة المادية التي نجمت عن الاحتجاز غير المشروع، إذ يتعين قمعها.

*David V. Mississippi*, 394 U.S. 721 (1969)

(٢) *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967).

ويلاحظ أن محكمة النقض في مصر تبطل الدليل المثلث من مصدر غير مشروع إذا كان يقضى إلى الإدانة لا إلى البراءة.

(٣) يعتبر إجراء القبض أو التفتيش بطريق غير مشروع، مصدراً للحق في الرجوع بالتعويض على الذين قاصوا به. ولكل من هؤلاء يدفع دعوى التعويض بأنه كان يعتقد حقاً وبحسن نية أن ظروف القبض والتفتيش تقتضيه *Exigent circumstances* وأن لها من قوتها ما يرجح اتخاذ الإجراء.

*Anderson v. Creighton*, 483 U.S. 635 (1987).

(٤) *Mancusi v. De Farle*, 392, U.S. 364 (1968).

### المطلب الثاني شروط صحة التفتيش

٧٦٠- وليس أصون لحرمة خواص الحياة، من تفتيش يقده الدستور بكثير من الضوابط التي يندرج تحتها أن يصدر عن جهة محايدة لها من ضماناتها ما يؤكد موضوعية تصرفاتها، ومن القرائن التي تعتمد عليها في إصدار إذن التفتيش، ما يرجح صحتها، ومن تعيين الأماكن التي يتم تفتيشها والأشخاص والأشياء التي يجوز ضبطها فيها، ما يكفل تخصيص هذا الإذن The specificity or particularity requirement، وتطبيقه في حدود ضيقة.

٧٦١- وانفرد هذه الجهة المحايدة التي لا صلة لها بموضوع الإذن، مؤداه أن غيرها لا يجوز أن يحل محلها فيه؛ وأن بيدها وحدها تقدير مبرر إصداره؛ وأن تقدير للقائمين على تنفيذ القانون، لقيمة القرائن التي جمعوها -ولو كان هذا التقدير صائباً- لا يقدها؛ وأن اختلال موازين التقدير في أيديهم بالنظر إلي جموحهم في مطاردة الجناة وتعقبهم Zealousness، لا يقل سوءاً عن تطرق العوامل الشخصية إلي الجهة التي أولاها المشرع اختصاص إصدار الإذن، كإسهامها السابق في أعمال التحقيق، أو في مرحلة الاتهام، بما يجعلها شريكا فيها، وبما يخل بحيثتها ويقيم صلة حقيقة بينها وبين موضوع الإذن الصادر عنها، لبيطل الإذن، مع كافة الأدلة التي تم التحصل عليها كثر لتطبيقه. إذ يعامل التفتيش بمقتضى هذا الإذن كما لو تم بغير إذن أصلاً. The search stands in no firmer ground than if has been no warrant at all. ذلك أن ضمان الحرية في مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر، يعتبر حقاً جوهرياً يجب ضمانه ضد كل اختراق، ولو صدر عن ولاية في تنظيم فيدرالى<sup>(١)</sup>.

٧٦٢- ولا يشترط لصحة الإذن، أن يصدر بناء على رؤية أو متابعة شخصية للواقعة التي أسس عليها. ذلك أن الشهادة السماعية تكفي لجوازه، إذا كان من أدلي بها موثقاً فيه، أو كان ظاهر الحال يؤيدها<sup>(٢)</sup>.

وكما قام الإذن على قرائن اطمأن إليها من أصدره، وحدد وجه معقوليتها، وأبان بصورة واضحة عن بطلانهم من الأشخاص أو الأشياء أو الأماكن التي يراد ضبطها وتفتيشها؛ صار الإذن قاطعاً بمجال تطبيقه؛ وصحياً في القانون، وقابل للتفيذ.

(١) Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971); Wolf. V. Colorado 338 U.S. 25 (1949).

(٢) McGray v. Illinois, 386 U.S. 300 (1967).

ويبطل كل إذن يقوم علي واقعة افترضها من تحراها، ولم يحققها أحد من القائمين علي تنفيذ القانون، لو علي واقعة لنفها لو انتحلها<sup>(١)</sup>، أو علي واقعة كشفها شخص من آحاد الناس<sup>(٢)</sup>.

ويجوز بناء علي إذن صحيح، تفتيش الأماكن -لما كان شاغلوا- إذا ثارت شبهة لاحتوائها علي دليل للجريمة أو أدواتها أو ثمارها *The proceeds or tools of the crime*، بشرط أن تكون هذه الشبهة قائمة علي أساس *(Probable Cause)*.

كما يجوز استعمال لقوة لتنفيذ الإذن، ولو لم يخطر من تلق به الإذن بصنوره. بل إن مثل هذا الأخطار يعرقل جهود القائمين بتنفيذ القانون في مجال تحقيق الأغراض التي يستهدفونها، وعلي الأخص كلما كان بحوزة الأشخاص الذين صدر الإذن في شأنهم وثائق بها دليل الجريمة، إذ يعمدون إلي إخفائها لو علموا بتوجه رجال الشرطة لتفتيش الأماكن التي أودعوا فيها.

٧٦٣- ولا تنظر بعض المحاكم إلي إذن القبض بالطريقة ذاتها التي تتعامل بها مع إذن التفتيش. وكثيرا ما تنقض بصرها عن قبض بغير إذن أجراه رجال السلطة في الجرائم المتلبس بها، أو في الجرائم التي يقوم حدوثها علي دليل معقول يبرر تصرفهم بشأنها<sup>(٣)</sup>.

بيد أن هذا الاتجاه مننقد. ذلك أن تقدير معقولية الإجراء في حالة القبض، لا يقل أهمية عن تقديره في حالة التفتيش. كلاهما تقدير لا يجوز أن يستقل به القائمون علي تنفيذ القانون، وإنما يتعين أن يصدر به إذن من الجهة التي خولها المشرع هذا الاختصاص<sup>(٤)</sup>. وأن يكون التفتيش، معاصرا للقبض.

٧٦٤- ويلاحظ أن قبض رجال الشرطة علي أشخاص وفقا للقانون، يخولهم الحق في تفتيشهم بغير إذن، وكذلك تفتيش الأماكن التي يوجدون بها أثناء القبض عليهم. ذلك أنهم قد

(١) *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978).

(٢) *Burdenuan v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد رجال الأعمال قام بد فصله لأحد العاملين لديه، بفتح أدرجه وخزائنه التي كان يحتفظ فيها ببعض الأوراق، وأقامها إلي السلطة التي كانت تتولي التحقيق في سلوكه، إلا أن المحكمة العليا قضت بأن الضميمة ضد القبض والتفتيش غير المبرر، لا تصل إلا في مواجهة رجال السلطة.

(٣) *Zurcher v. The Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978).

(٤) أنظر الرأي المخالف للقاضي بريتنان والقاضي مارشال في ص ٤٤٧ من قضية:

*United States v. Watson*; U.S. 411 (1976).

(٥) *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925).

يحملون أسلحة يهددونهم بها، وقد يعمدون إلي تدمير الأكلة التي في حوزتهم، أو بقرون من قبضتهم<sup>(١)</sup>.

والتفتيش في هذه الأحوال جميعاً، عارض على القبض Incident to the arrest. فلا يكون ضبط ما يوجد من الأشياء في الأماكن التي تم تفتيشها، غير نتيجة عرضية للقبض عليهم وفقاً للقانون. ويتعين تفسير سلطة التفتيش هذه في أضيق الحدود. ذلك أن التفتيش ما كان ليجوز لولا أن موفاً قائماً عند إجراء القبض المشروع، حمل رجال الشرطة على إجراء التفتيش. ويتعين أن تقدر هذه الضرورة بقدرها. فلا يجوز التفتيش بغير إذن إلا إذا كان اشتراطه في إبطار الأوضاع القائمة وقت القبض، غير متصور عقلاً أو عملاً<sup>(٢)</sup>.

ويتوخى هذا القيد الأخير، ألا يلتهم الاستثناء، قاعدة حظر التفتيش غير المأذون به. وهو قيد موداه ألا يتم تفتيش بغير إذن فيما خلا الأوضاع القاهرة Compelling Reasons. التي يقتضيها ظاهر الحال<sup>(٣)</sup>. Exigent circumstances requirement.

بيد أن ذلك القيد سرعان ما بدا عصياً على التطبيق في غير الأحوال الاستثنائية النادرة. ومن ثم أبطل بقيد آخر موداه أن التفتيش المقارن للقبض المشروع، يكون جائزاً كلما كان معقولاً، علي أن تتحدد معقولة التفتيش غير المأذون به، علي ضوء كافة الأوضاع ذات الصلة التي تعاصر<sup>(٤)</sup>. The total atmosphere of the case.

ثم عدل عن هذا المعيار كذلك إلي آخر يجوز التفتيش المقارن للقبض المشروع، بشرط أن يكون نتيجة عرضية للقبض. ولأن يقتصر علي الشخص الذي تطلق به إذن القبض، وألا يمتد إلي غير الأماكن المجاورة للقبض، والتي يدل ظاهر الحال علي سيطرة هذا الشخص عليها، ولأن يوسع الحصول منها علي الأسلحة التي يريدها، أو أن يدمر في نطاقها دليلاً ضده. فإذا جاوز التفتيش حدود هذه الدائرة، صلا إجراء غير معقول، وباطلاً<sup>(٥)</sup>.

٧٦٥- ولأن الحق في خواص الحياة يرتبط بالأماكن والأشياء التي يملكها الشخص أو يحوزها لحسابه، مما جعل جواز تفتيشها معقلاً علي إذن بذلك، فقد جاز الآن بتفتيش وسائط النقل، وضبط الأشياء الموجودة فيها، إذا كان الأشخاص الذين يركبون هذه الوسائط لا

(١) Angello v. United States, 269 U.S. 20 (1926); Marron v. United States, 275 U.S. 192 (1927).

(٢) Trupiano v. United States, 334 U.S. 699 (1948).

(٣) McDonald v. United States, 335 U.S. 451 (1948).

(٤) United States, v. Robinowitz, 338 U.S. 56 (1950).

(٥) Chimel v. California 395 U.S. 752 (1969).

يملكونها، لا هي ولا الأشياء التي تم ضبطها فيها، وكان قد توافر مبرر معقول علي نقلها مواد محظورة، أو تم تهريبها، أو مباشرتها غير ذلك من أوجه للنشاط غير المشروع<sup>(١)</sup>.

ذلك أن وسائل النقل هذه تسرع في انتقالها من مكان إلي آخر. وإن يكون صدور إذن في شأنها مجدياً إذا تم ضبطها فيما وراء النطاق المكاني لهذا الإذن، وقد يكون للدولة حق عليها بخولها مصادرة محتوياتها. إذ يجوز جرماً إلي مخفر الشرطة وتفتيشها. وحتى وسائل النقل الموجودة في مكان انتظارها، فإن قائدها قد يحركها فجأة إلي مكان آخر.

وقد تكون السيارة أداة جريمة قتل أو غيرها من الجرائم. فإذا قام مبرر معقول علي أنها كذلك، جاز أخذ جزء من طلائعها الخارجي لتحليله، كلما تم ضبطها في مكان انتظار عام<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن يتعرض رجال الشرطة عشوائياً لوسائل النقل Random visits ولا وقفها لتفتيشها دون قرائن راجحة Probable Cause؛ ولا الأخذ بالدلائل الذي يتأتى من تفتيشها علي هذا النحو<sup>(٣)</sup>. فإذا توافر لديهم دليل ذو شأن، عن حيازتها أشياء ممنوعة المشرع من حملها، كالمواد المخدرة أو المهربة، جاز تفتيشها بصورة كاملة، كما لو كان بيدهم إذن بالتفتيش، ليمتد هذا الإجراء إلي كل محتوياتها، وإلي طرودها التي يحتمل أن يكون الجناة قد أخفوها فيها<sup>(٤)</sup>.

٧٦٦- ويخول إذن التفتيش الدخول عنوة في الأماكن التي يعينها، وما بها من أشياء حدها، ومن يوجدون فيها من الأشخاص الذين وصفهم؛ إلا أن مراقبتهم في أحيائهم اللثيغونية، ورصدها وتسجيلها، يخل بحقوقهم في الأمن، وفي ضمان حرمة خواص حياتهم ومسكنهم، وجميعها قيم حرص الدستور علي صونها خاصة إزاء تطور الوسائل العلمية التي تهدد الناس في حرمانهم، بالنظر إلي اختراقها من بعيد، ما حرص الناس في نطاق توقعهم المشروع، علي أن يظل خلفها عن الأعين والأذان. بل إن الوسائل العلمية الحديثة ترصد

(١) يجوز كذلك تفتيش الأماكن العامة والسجون وأماكن إيداع خردة السيارات والسجون بغير إذن. إذ يعتبر التفتيش في هذه الصورة تفتيشاً إدارياً لأغراض تنظيمية تربو فيها مصلحة المجتمع علي مصلحة الفرد.

I Illinois V. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).

(٢) Carroll v. United States, 267 U.S. 132 (1925), Husty v. United States, 282 U.S. 694 (1931); United States, v. Di Re, 332 U.S. 581 (1948); Brinegar v. United States, 338 U.S. 160 (1949); Henry v. United States, 361 U.S. 98 (1959); Cooper v. California, 386 U.S. 58 (1967); Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978).

(٣) Delaware v. Prouse, 440 U.S. 648 (1979); Almeida- Sanchez V. United States, 413 U.S. 266 (1973).

(٤) United States, v. Ross. 456 U.S. 798 (1982).

الناس حتى في همتهم، وأخص دخائهم، وأعرق عواطفهم لتحيط بها دُخل غرفهم المغلقة التي اطمأنوا إلى أن اهتمامهم بجدرانها، عائق من انتهاكها.

حقاً إن كثيرين من القائمين علي تنفيذ القانون، يحثهم فرض أحكامه علي الناس جميعهم بلا تمييز، إلا أن أداهم لواجبهم مقيد بالامستور والقانون. وليس لهم بالتالي حق في الانزلاق إلي جريمة تنصتةم -غير إذن قضائي- علي الناس في أحاديثهم، من أجل ضبط ما تظهره أحاديثهم تلك من الأوراق أو غيرها من الوثائق علي الجرائم التي حرصوا علي إخفائها. ذلك أن القائمين علي تنفيذ القانون -وأيما كان ذيل دوافعهم- يتعين أن تحكمهم القواعد ذاتها التي تحكم مواطنهم. فضلاً عن أن الدولة التي يعملون لحسابها هي للقوة، وهي تعطي المثل لمواطنيها من خلال تصرفاتها التي يبشئها أعوانها. وتسامحها معهم يخبرهم بمخالفة القوانين التي وضعتها هي نفسها<sup>(١)</sup>. ويحض الآخرين علي اللجوء للقوة لفض نزاعاتهم. فلا يحكم الناس لغير أيديهم في تنفيذ القانون.

ونبل أهدافهم في مطاردة الجناة المحتملين وتقبهم، لا يجوز تحقيقها بوسائل مخالفة للدستور أو القانون.

وليس أسوأ من رصد الناس في كلماتهم التي يتبادلونها مع الغير، سواء من خلال خطباتهم أو برقياتهم أو أحاديثهم التليفونية، أو غير ذلك من وسائل اتصالاتهم.

ذلك أن كلماتهم هذه، هي رسائلهم التي يبشرون من خلالها حريتهم في التعبير عن آرائهم، ويبلورون بها طموحاتهم وخططهم. فإذا كانت رسائلهم دليل تدبيرهم لجريمة، فإن رصدها أو تفتيش منازلهم للعثور علي أدواتها أو لمعرفة شأرها، يكون مشروطاً بحصولهم علي إذن بذلك، وإلا تعين استبعاد كل دليل تأتي من تنصتةم علي أحاديثهم أو تفتيش منازلهم، ولو تم الحصول علي هذا الدليل بطريق غير مباشر<sup>(٢)</sup>.

وينظر بعض القضاة لإخفاء أجهزة المراقبة الإلكترونية Electronic Surveillance. داخل عمار باعتبارها اقتحاماً مادياً Physical invasion لمبناء مخالفاً للدستور<sup>(٣)</sup> ويرأ آخرون منطقياً علي عدوان علي حرمة الحياة الخاصة علي تقدير أن القيود التي يفرضها الدستور علي الضبط والتفتيش، تتعلق بالأشخاص لا بالأماكن<sup>(٤)</sup>.

(١) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

(٢) Nardone v. United States, 302 U.S. 179 (1937).

(٣) Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).

(٤) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

ذلك أن العقار لا يجوز أن يعامل كالأشياء التي يعرضها الناس للكافة حتى في منازلهم، والتي يجوز لكل شخص أن يتصل بها بغير إذن قضائي. وإنما العقار هو الوظيفة التي خصص لها ورصد عليها. فإذا كان سكنا، تعين أن يطمئن الناس فيه إلى حرمتهم جميعها، فلا يجوز كشفها. وشرط ذلك أن يكون لديهم توقع معقول بخصوصيتها. فإذا كان توقعهم على هذا النحو، تعين صون حرمتهم هذه من تدخل السلطة بما يخل بها.

كذلك لا يجوز اختراق دخائلم التي يرمون إلى صونها، ولو كان التلصص عليها في مكان عام<sup>(١)</sup>. فإذا تم انتهاكها، تعين أن ترد إلى أصحابها، كافة المواد التي تم الحصول عليها من جراء أعمال المراقبة الإلكترونية غير المأذون بها<sup>(٢)</sup>.

فإذا صدر الإذن، ولتتضمن تنفيذه دخول المبنى سرا<sup>(٣)</sup> لرصد ما يتم فيه، فليس بشرط أن يكون الإذن قد خول القائمين على تنفيذه، هذا الحق صراحة، وإنما يكفي أن يكون قد رخص لهم بإجراء تلك المراقبة. فإن لم يصدر هذا الإذن، تعين استبعاد الدليل الذي نجم عنها<sup>(٤)</sup>.

### المطلب الثالث

#### التمييز بين القبض على الأشخاص واستيقافهم

٧٦٧- ويتعين التمييز بقرار كبير من الوضوح بين القبض على الأشخاص واستيقافهم Stopping. والتمييز كذلك بين التفتيش الشامل المحيط Full-blown search؛ والتفتيش المحدود ذو الطبيعة الوقائية Preventive search.

ذلك أن بعض الأشخاص قد يأتون أعمالا في أوضاع بذواتها، تجعل رجال الشرطة يرتابون فيهم. فلا تعتبر هذه الأعمال في ذاتها مثيرة للشبهة، وإنما هي الأوضاع التي تلازمها.

كذلك فإن هذه الأعمال في مجموعها -وليس كل عمل منفرد منها- هي التي تعطي الانطباع بأن شيئا ما وراءها. فالذين ينزعون الطريق جينة وذهايا، لا شيء في عملهم، ولكن

(١) وفلا يجوز أن تضع الدولة أجهزة إلكترونية على تليفون مخصص لاستعمال الجمهور بقصد التتبع على أحاديثهم.

(٢) Terry v. Ohio, 392 U.S.1 (1968).

(٣) Ivano v. United States, 394 U.S. 165 (1969).

ويلاحظ أن الحكومة فضلت في هذه القضايا أن تسقط عددا من الاتهامات التي أسستها على الأدلة غير المشروعة التي جمعتها، بدلا من أن تكشف عن أساليب المراقبة غير المشروعة التي أجرتها.

اقتربهم من مخزن فى الطريق العام، والنظر إلى نوافذه، وتفتحه من كل نواحيه، يوحى بأنهم عازمون على سرقة، وأهم يتحينون فرصة يتسرون فيها هذا المخزن، أو يقتحمون نافذة فيه.

إذا استوقفهم رجل الشرطة، ووجه إليهم بعض الأسئلة للتحقق من نواياهم Stop- and Frisk، ثم أتبعها بتفتيشهم من خارج ملابسهم Patting down the outer surface of their clothes للتحقق مما إذا كانوا يحوزون أسلحة يمكن أن يهدوه أو المارة بها؛ فإن هذا التفتيش فى الطريق العام Am on-the- street Investigation لا يكون مخالفاً لا للمستور ولا للقانون، إذ هو إجراء فى شأن أشخاص قد يكونون حاملين لأسلحة؛ فضلاً عن الشبهة التى تحيط بهم بالنظر إلى تصرفاتهم.

ومن ثم يكون استيقافهم لمدة قصيرة، متوخياً تحقيق غرض محدود، هو الاستيثاق من هويتهم ونواياهم؛ ثم تفتيشهم توكيلاً لخطر إطلاقهم نيران الأسلحة التى يحملونها. وتلك جميعها مقاصد لرجال للشرطة لا نزاع فى مشروعيتها، لتطرقها بشبهة لها أساسها.

والتفتيش على هذا النحو محض استثناء من قاعدة عدم جوازه بغير إذن قضائى تصدره جهة محايدة لا صلة لها بموضوع الإذن المطروح عليها، وليس لها مصلحة فيه. وإنما تقدر بنفسها، وعلى ضوء ما لديها من قرائن، معقولة الأمر بالقبض، وبالتفتيش المحدود، فى حالة بذاتها لها ظروفها الخاصة بها.

ووزنها لهذه المعقولة يقتضى أن يكون تقديرها موضوعياً قائماً على ما إذا كان الأمر بالقبض -فى حالة بذاتها محددة على ضوء ظروفها- يعتبر إجراء ملائماً من منظور شخص متبصر حذر.

وبدون ذلك يتحقق الإخلال بالحقوق التى كفلها الدستور للمواطن، وأهمها تأمين الحرية الشخصية من كافة العوائق التى لا مبرر لها.

٧٦٨- وهذه الضوابط التى يتعين أن يتقيد بها القائمون على تنفيذ القانون فى مجال استيقافهم لبعض الأشخاص لمثبة بتصل بهم؛ ثم تفتيشهم من الخارج، مختلفه من كل الوجوه -عن تلك التى تحيط بإصدار إذن القبض والتفتيش.

ذلك أن القائمين على تنفيذ القانون فى الحالة الأولى، لا يواجهون عملاً إجرامياً يتم تنفيذه، وإنما بعض الأعمال التى قد تقضى إلى الجريمة. ويتعين بالتالى توقيفها بكل الوسائل، بما فى ذلك توجيه أسئلة إلى الذين يشتبهون فيهم -بعد استيقافهم- لمعرفة ما ينوون أو

يعتزمون. وهم بذلك يحققون في الشبهة العالقة بهؤلاء الأشخاص تثبتاً من صحتها أو من انتفاؤها، ويدخلون بذلك خطراً وشيكاً قد يتحقق، لو أنهم غضوا بصراً عنهم، وتركهم وما يفعلون.

ويتعين بالتالى التمييز بين تفتيش تم إثر قبض بالمعنى القانونى. وهو تفتيش كامل يعتبر المرحلة الأولى للاتهام الجنائى، ونقطة البداية لاتخاذ تدابير لاحقة تقيد من حرية الشخص فى التنقل، سواء تبعتها محاكمة أو لم تتصل بها؛ وبين تفتيش محدود أقل نطاقاً بالضرورة من أن يكون تفتيشاً كاملاً، ويخدم مصلحة وقتلية مختلفة فى طبيعتها عن المصلحة التى يتوخاها التفتيش اللاحق للقبض المأذون به.

والتفتيش الوقتى بذلك مختصر، ومحدود، ولا يتوخى غير التيقن من حقيقة الشبهة التى تحيط ببعض الأشخاص. وهى شبهة لا يفترض أن ترقى إلى مرتبة الجزم بحقيقة نواياهم، ولا أن تقوم على أدلة قاطعة أو راجحة، ولا أن يكون التفتيش بسببها متوخياً العثور على أدلة جريمة يعلم رجل الشرطة بوقوعها.

ويتعين على ضوء ما تقدم، أن نقرر أن الأصل فى التفتيش أن يكون معاصراً أو لاحقاً لقبض مأذون به وفقاً للقانون. فإذا لم يصدر هذا الإنن، لم يجز إجراءه فى شأن أشخاص بغير موافقتهم الحرة التى لا يدخلها ضغط أو إكراه<sup>(١)</sup>.

والشبهة التى تحيط ببعض الأشخاص، هى التى يقوم بها ميرر الاستثناء من شرط الإنن. وهى وإن كانت تقول للقائمين على تنفيذ القانون توجيه أسئلة إليهم، إلا أنهم غير ملزمين بالرد عليها، ومن حقهم ألا يعيروها التفاتاً، وأن يعضوا فى طريقهم. فإذا أجابوا عن تلك الأسئلة برضايتهم، جاز أن تؤخذ هذه الإجابة عليهم<sup>(٢)</sup>.

ولا يعتبر امتناعهم عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليهم، دليل جرمهم. بيد أن الشبهة وحدها تعتبر كافية لاحتجاز من تتعلق به، على أن يكون هذا الاحتجاز بصفة مؤقتة، ولضمان مصلحة عموم المواطنين فى إجهاض جريمة التعامل فى المواد المخدرة أو غيرها من الجرائم الخطيرة.

(١) لـ أن رجل الشرطة طلب من أحد الأشخاص فتح حقيبته، فإن ذلك لا يعتبر قبولاً منه بتفتيشها. ذلك أن خوفه من رجل الشرطة، قد يكون هو الذى دعاه إلى ذلك.

(٢) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

٧٦٩- وثمة تحفظ هام في هذا الصدد، هو أن الشبهة التي تقوم في شأن بعض الأشخاص وتسوغ التحقيق معهم من خلال أسئلة توجه إليهم، لا تقابل الجزم بانضمامهم في الجريمة، أو ترتيبهم للدخول فيها أو انعقاد عزمهم عليها. ولا يجوز بالتالي أن تقتزن بالنتيئة الكامل لأشخاصهم ومعتقداتهم وعريتهم، ولا أن تصل الأسئلة في مستوياتها إلى حد استجوابهم في مكان جرمتهم الشرطة إليه، وأصبحوا مودعين فيه، ولو كانت الأسئلة الموجهة إليهم لها طبيعة التحقيق<sup>(١)</sup>.

Reasonable suspicion of a crime is insufficient to justify custodial interrogation even though the interrogation is investigative.

وكما كان الاحتجاز بناء على اشتباه قائم على أساس، تعين أن يتم بأقل قدر من التطفل في حرية الأشخاص، وبما لا يجاوز المصلحة المقصودة من الاحتجاز، وألا يؤول إلى محاصرة المحتجزين بلوضائع تتآكل معها إرادتهم، ليبطل كل دليل تأتي من احتجاز غير مشروع، ولو قام على أقوال أدلى صاحبها بها، إذ هي ثمرة هذا الاحتجاز ونتيجته.

ولا يجوز في أية حال أن يمتد الاحتجاز لخير للفترة القصيرة التي تزيل الشبهة أو تقيها.

وقد يبدأ التحقيق مع بعض المشبوهين بموافقتهم، فإذا استطال وتصادع بغير إذن قضائي، شكل ذلك تأثيراً نفسياً سيئاً عليهم، ليتطرق للخلل إلى إجاباتهم، فلا يطمأن إليها قانوناً، ولا تصححها موافقتهم السابقة على بدء التحقيق معهم.

#### المطلب الرابع

##### الطبيعة التنظيمية لبعض صور التفتيش

٧٧٠- وكما يجوز التفتيش بإذن قضائي، أو بعمل من رجال الشرطة في مواجهة أشخاص يشتبهون فيهم ويسوقونهم؛ فإن من صور التفتيش ما يكون إدارياً Administrative searches ومن طبيعة تنظيمية Regulatory searches وهذه يجوز إجراؤها بغير إذن، وبغير دلائل أو قرائن يقوم بها رجحان وقوع جريمة.

ومن صور التفتيش للتنظيمية في طبيعتها، ما يقام في الطرق السريعة من نقاط المرور Check points هدفها ضبط السائقين المخمورين من خلال إيقافهم وإعادةهم عن الطريق

(١) Florida v. Royer, 460 U.S. 491 (1983).

لفحص رخصتهم، ووثائق ملكية عرباتهم، وإجراء الفحوص الطبية عليهم للتحقق من التزامهم  
أو تعاطيهم الخمر<sup>(١)</sup>.

فلذا فإن لرجل الشرطة أن قائد السيارة مخمور، أمر بالقبض عليه. ذلك أن السائقين  
المخمورين يعرضون للخطر أرواحاً كثيرة، ويتلفون أموالاً كبيرة من جراء تصادم عرباتهم  
بغيرها، وقتل أو جرح من فيها.

وقد تقام نقاط المرور هذه بقصد ضبط المهاجرين غير الشرعيين الذين يقتحمون حدود  
الدولة. وفي غير هاتين الحالتين تكون نقاط التفتيش ظاهرة للعيان، ولا تثير فزع من يتودون  
سيارتهم في الطريق، لأنهم يدركون أن كل سيارة تعبر هذه النقاط، يجوز وقفها.

وقد يقوم بتفتيش المحال العامة والمباني، الموظفون الذين منحهم المشرع هذا الحق  
بقصد التحقق من توافر الشروط الصحية التي تطلبها القانون فيها، أو من استيفائها للشروط  
التي تفرضها قوانين المباني، كالحدا الأقصى لعلوها ومكانتها والتزامها خط التنظيم، أو لشروط  
الأمن الصناعي فيها كتزويدها بأجهزة إطفاء الحريق.

ومن ثم يكون نص القانون مصدر الحق في إجراء هذا التفتيش الذي يتعلق في الأعم  
بالتحقق من توافر الشروط التي تطلبها القانون في بعض المهن التي تتصل في مجملها  
بفرائض الرخاء العام Public welfare كمحال التعامل في المواد الغذائية والأسلحة والخمور  
والخردة. ذلك أن هذا التفتيش لا يتوخى الحصول على دليل جنائي، وإنما مجرد التحقق من  
توافر شروط في هذه المحال والمباني فرضها القانون على شاغلها، حتى يستقيم نشاطها وفقاً  
للقانون. وهي كذلك محال مفتوحة لكل من يطرقها، ولا يتوافر للقائمين عليها بالتالي حق في  
التوقع المشروع لخواص حياتهم<sup>(٢)</sup>.

ويفترض ذلك ألا يخرج القائمون بالتفتيش عن حدود واجباتهم، وأن يكون هدفهم مجرد  
التحقق من أوضاع تطلبها القانون في هذه المحال والمباني. فإن انحرفوا عن واجباتهم هذه من

(١) ويدخل كذلك ضمن هذه الصور تفتيش السجون وأماكن العمل العام، وأماكن خردة السيارات.  
Automobile junkyards.

انظر في ذلك قضية:

New York v. Burger, 482 U.S. 691 (1987).  
(٢) Colonnade Catering Corp. v. United States, 397 U.S. 72 (1970)

يلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تتخطى في هذا الموضوع، مرة تتطلب الإن  
التضامني لتفتيش بعض المحال، ومرة لا تتطلبه في محال أخرى، دون ضابط مطلق مفهوم.

خلال إساءة استعمال السلطة، أو عن طريق إقحام بعض خواص الحياة التي لا شأن لهم بها، كان عليهم مخالفاً للدستور والقانون<sup>(١)</sup>.

### المطلب الخامس

#### القبض أو التفتيش الذي يجريه شخص من آحاد الناس

٧٧١- وأخيراً يتعين أن يلاحظ أن القيود على القبض والتفتيش التي يفرضها الدستور، هي قيود في مواجهة السلطة التي تقوم بإجرائها *Against the government*. ولا شأن لهذه القيود بالتالي بإقحام شخص من آحاد الناس لمكان خاص، وضبط ما به من الأشياء. ذلك أن مخالفة السلطة للدستور، تقتض خروجا على الفرائض التي تقتنها. وغير رجال السلطة لا يتقيدون في مجال القبض والتفتيش بالقيود التي يفرضها الدستور عليها، ما لم تقوم صلة بينها وبين اللقائم بالقبض أو التفتيش، بأن كلن يعمل لحسابها أو بمعاونتها الإيجابية، أو بترخيص منها. *Acting for, or on behalf of or with the active assistance of the government.*

فإذا لم تكن صلة من هذا القبيل، كان تدخل الشخص في شئون الآخرين سواء بالقبض عليهم أو بتفتيشهم، ولقائ في نطاق تصرفاته الشخصية *Purely private capacity*. الذي يسأل عنها، وعملا مخالفا بالتالي للدستور أو للقانون<sup>(٢)</sup>.

### المطلب السادس

#### القبض والتفتيش وفقاً للدستور

#### مصر وقضاء المحكمة الدستورية العليا

٧٧٢- وفي مصر -وعلاً بنص المادة ٤١ من الدستور- تعتبر الحرية الشخصية أصلاً، وصونها لا يجوز أن يمس. ووفقاً لهذه المادة ذاتها، فإن شرط جواز القبض والتفتيش -وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة- هو أن يصدر به أمر من القاضي المختص أو من النيابة وفقاً للقانون، وبناء على ضرورة يستلزمها التحقيق وصيانة أمن المجتمع.

(١) *United States v. Biswell*, 406 U.S. 311 (1972).

(٢) Antonin Scalia, *Federal Constitutional Guarantees of Individual Rights in the United States of America*, in *Human rights and judicial review; A comparative perspective*, edited by David M. Beauty, *International Studies in Human Rights*, Vol. 34, p.58.

فإذا استوفى أمر القبض أو التفتيش الشروط المتقدم بيانها، تعين -وعملًا بنص المادة ٤٢ من الدستور- معاملة من يقبض عليه أو يحبس أو تقيّد حرّيته على نحو آخر، بما يحفظ عليه كرامة الإنسان. ولا يجوز بوجه خاص إيداعه بدنياً أو معنواً.

ويكفل نص المادة ٤٤ من الدستور، حرمة المساكن، ويمنع دخولها أو تفتيشها بغير إذن قضائي يكون مسبباً ووفقاً لأحكام القانون. ولا تقتصر الحرمة على المنازل المشار إليها في المادة ٤٤ من الدستور، ولكنها تمتد كذلك -بمقتضى نص المادة ٤٥ من الدستور- إلى حياة المواطنين الخاصة، وإلى مراسلاتهم البريئة والبرقية ومحادثاتهم التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال التي لا تجوز مصادرتها أو الإطّلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي يكون مسبباً، ولمدة محدودة، وذلك صوناً لحرّيتها.

٧٧٣- وتقرر المحكمة الدستورية العليا -من خلال مقابلتها بين المادتين ٤١ و٤٤ من الدستور- أن الدستور فرق بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المنازل. فبينما تجيز المادة ٤١ من الدستور القبض على الأشخاص وتفتيشهم إذا صدر بهما أمر قضائي وفق الشروط المنصوص عليها فيها، والتي ليس من بينها أن يكون هذا الأمر مسبباً، ولم تستثن من صدور هذا الأمر سوى حالة التلبس بالجريمة؛ فلن هذا الاستثناء لا يقوم في شأن نص المادة ٤٤ من الدستور التي جاء حكمها مطلقاً غير مقيد. وهو ما يحتم صدور الأمر للقضائي في كافة صور تفتيش المساكن لضمان حرمتها، على تقدير أنها مستقر من يشغلونها وموطن ميكنتهم؛ ولأنها كذلك مهاجهم التي يأوون إليها، ومكان أسرهم التي يودعونها فيها. فلا تكون حرمتها غير جزء من الحرية الشخصية.

ولا كذلك تفتيش الأشخاص، إذ يجوز أينما وجدوا -وبغير أمر قضائي- حال تلبسهم بالجريمة.

ومن ثم يكون الدستور قد أحاط دخول المنازل وتفتيشها بضمانتين هما صدور أمر قضائي بذلك، وأن يكون هذا الأمر مسبباً.

ولا تكفي حالة التلبس لإسقاط هاتين الضمانتين. ذلك أن إعفاء تفتيش الأشخاص من شرط صدور الأمر القضائي في حالة التلبس بالجريمة وفقاً لنص المادة ٤١ من الدستور، ليس إلا استثناء لا يقلص عليه<sup>(١)</sup>.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية دستورية- جلسة ١٩٨٤/٦/٢ -قاعدة رقم ١٢- ص ٦٧ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة.

### المطلب السابع

#### إخلال التقبض والتفتيش غير المبرر بالحق في حرمة الحياة الخاصة

#### The right to privacy

٧٧٤- الحق في حرمة الحياة الخاصة من أهم الحقوق التي تحرس الدساتير المعاصرة على ضمانها<sup>(١)</sup>، وهو وثيق الصلة بكرامة الإنسان وفي أن يظل أمناً مطمئناً إلى أن الجدران التي تحيط به لن تخترقها أذان تفتحها ولا عيون ترصد ما يدور داخلها. ومن ثم لم يكن إغفال النص على هذا الحق في بعض الدساتير، حاجباً لوجوده، ولا مانعاً من تقريره، فقد صار هذا الحق مكفولاً. تستند على بعض الحقوق التي نص للدستور عليها، كالحق في ألا يتم التقبض أو التفتيش في غير ضرورة، وأن تكون للمنازل حرمتها، وللوسائل البريدية والبرقية والهاتفية سريتها، لتشكل هذه الحقوق جميعها -وما هو على منوالها- إطاراً لمعوم الحق في خواص الحياة، فلا يكون هذا الحق غير فيض للحقوق التي صرح الدستور بها وكفل ضمانها.

فالدستور قد يكتفي بالنص على حرية القول وحرية الصحافة. ولكن هذه الحرية ذاتها يضمنها بصورة لفصل، ويعطيها فاعليتها، ليس فقط مجرد النطق بالكلمة أو طباعتها، وإنما يقيها الحق في قراءتها وتلقيها، وضمان توزيعها ونشرها، والحق في التحقق من صحتها، وحرية تعليمها وتلقينها. ذلك أن الآراء على اختلافها من وسائل الاتصال التي يعبر الأفراد بها عن معان يريدون نقلها إلى الآخرين، من خلال برقياتهم وخطاباتهم. وهواتفهم وغيرها من وسائل الاتصال التي تبور رسالة يحرسون على اتصال غيرهم بها.

وقد يكفل الدستور الحق في التقطيع. ويعتبر هذا الحق مشتملاً بالضرورة على حق الآباء في اختيار المعاهد للتعليمية التي يرونها أكثر ملاءمة لأبنائهم، وأكمل لتطويع ملكتهم، وأنواع للتعليم الأكبر لظروفهم.

وضمان حرية التعبير يطرح بالضرورة تقرير الحق في الاجتماع، باعتباره إطار هذه الحرية وقاعدتها، والطريق إلى ترويجها.

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من دستور جمهورية مصر العربية على أن الحياة للمواطنين الخاصة حرمة بحسبها القانون. وقد أعني بأن الحماية التي يكفلها الدستور للحق في الحياة الخاصة سواء في نطق العائلة أو الزوج أو الحمل، لا تنسج للسلوك الجنسي تشاداً، ولو كان رضائياً.

Consensual homosexual sodomy [Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)].

بمسا مؤداه انتفاء وجود أي حق دستوري في اللواط، لا في نطق الحرية المنظمة، ولا على صعيد الحقوق

للفترة في قيم أو تقاليد المجتمع، بل هو جريمة ضد الطبيعة A crime against nature.

فإذا نص الدستور على حرية الاجتماع، تفرع عنها حق الفرد في اختيار المنظمة التي يريد الانضمام لها، وحق الخروج منها، وحق الانحلال بكثر من واحدة يعمل من خلالها على تحقيق الأغراض التي يطلبها. ولكل منظمة تم تأسيسها وفقاً للدستور -رأياً كان شكلها أو نوع نشاطها- الحق في ألا تقدم للجهة الإدارية بياناً عن أعضائها. ذلك أن حرية الاجتماع -رغم أنها كانت موافقة للدستور- تقيد بالضرورة أن يكون هذا الاجتماع مغلقاً، مقصوراً على أفراد تجمعهم وحدة المصالح التي يدافعون عنها، وأن تكون خواص حياتهم -بما في ذلك أسماؤهم- واقعة وراء جدران مغلقة.

٧٧٥- ولا يحيط الدستور بكافة أشكال الحياة الخاصة للمواطنين، وإنما يركز عادة على بعض مظاهرها أو أنماطها<sup>(١)</sup> كحق كل فرد في أن يختار زوجاً، وأن يتخذ ولداً، وحق المرأة في ألا تحمل<sup>(٢)</sup>، ولا شبهة في أن للحقوق المنصوص عليها في الدستور، ضماناتها التي ترتبط بغيرها من الحقوق التي تعطيها معانيها وتثريها. فلا تنفصل الحقوق المنصوص عليها في الدستور عن غيرها مما يكامل معناها. بل إن الحقوق القائمة في الدستور، غالباً ما تشي بحقوق جديدة تستنبط منها عقلاً، لتكون الحقوق الجديدة من قبض الحقوق القائمة بالنظر إلى الصلة المنطقية التي تضم بعضها إلى بعض، أو تفرع بعضها عن بعض Penumbras of constitutional provisions<sup>(٣)</sup>.

٧٧٦- وكثيراً ما يظهر الحق في حرمة الحياة الخاصة The right to be let alone، من خلال مناطق من الخصوصية تكفلها نصوص صريحة في الدستور. فالحق في الاجتماع، مفاده أن ينقل على أفراد تضمهم وحدة المصالح التي تربطهم من بعضهم، فلا يكون الاجتماع مفتوحاً لغيرهم.

وحق الأفراد في ضمان حرمة أوراقتهم ومنطقتهم وأشخاصهم ومنازلهم من صور القبض أو التفتيش غير المبررة، ما تقرر إلا لضمان بعض مظاهر الحياة الخاصة التي لا

(١) يتضمن التعديل التاسع للدستور الأمريكي، بأن النص في الدستور على حقوق بعينها، لا يجوز أن يفسر على معنى إنكار أو تحصيل حقوق أخرى يحتجزها الشعب لنفسه.

أنظر في ذلك:

The rights retained by the people: The history and the meaning of the ninth amendment [Randy E Barnett, ed., (1989)].

وتؤكد لفظة وتاريخ هذا التعديل على أنه إلى جلاب الحقوق الأساسية المنصوص عليها في التعديلات الثمانية الأولى للدستور الأمريكي، توجد حقوق أساسية إضافية لا يجوز أن تتدخل الدولة فيها.

(٢) The right of a woman to determine whether or not to bear a child.

(٣) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

يجوز لقتحامها. وحق الأشخاص في ألا يشهدوا على أنفسهم جبراً عنهم بما يدينهم سؤداه تخويل كل فرد الحق في أن يعتصم بمناطق من خواص حياته ينكسها عن الآخرين حتى، لا يكشفها لأحد بما يضر بمصلحته.

٧٧٧- وتظل الحقيقة المحورية في النظم الدستورية جميعها، هي أن النص في الدستور على حقوق بنواتها، لا يحول دون التسليم بحقوق أخرى ترتبط بها، وتعطيها معانيها باعتبارها من قبضتها<sup>(١)</sup>. وهي قاعدة مفادها أن دائرة الحقوق المنصوص عليها في وثائق إعلان الحقوق، غير مخلقة على نفسها، ولكنها تنبسط من خلال التخيير عليها.

٧٧٨- وسواء تطلق الأمر بالحق في الخصوصية أو بغيره من الحقوق المنصوص عليها صراحة في الدستور، أو التي تستخلص ضمناً من مفهوم قواعده وأصول أحكامه، وجوهر المسائل التي ينظمها، فإن للحقوق جميعها دائرة لا يجوز لقتحامها.

ذلك أن الدخول فيها يرقل هذه الحقوق ذاتها، أو يحد -في غير ضرورة- من إثباتها لثمارها. وإذا جاز للمشرع على ضوء هذا الأصل، أن ينظم الوسائل الواقية من الحمل، وأن يحدد صور التعامل فيها وطرق توزيعها، إلا أن مصادرتها أو حظر استعمالها، يناقض الحق في صون دخائل العلاقة الزوجية The right of marital privacy التي يتعين أن تكون أدق أسرارها بيد أصحابها بقيمونها بالوسائل التي يرون ملاءمتها. ذلك أن العلاقة الزوجية تمثل لأطرافها أعرق مظاهر حياتهم خفاء، وأغلظها ميثاقاً بعد أن أفضى بعضهم إلى بعض بما لا يجوز لآخرين أن يعرفوه، فلا يكون ممسها، ولا خير مظاهرها أو شرها، ولا قراراتها لادخلية، إلا تعبيراً عن لخص حرمتها<sup>(٢)</sup>. بل إن العلاقة الزوجية هي نتاج حقوق الأفراد في الاجتماع والتواصل Associational rights.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا هذه الحقيقة بقولها بأن الزوجين يمتزجان في وحدة برتضيئتها، ويتمزجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبتها مترامياً على طريق نمائها، وعبر امتداد زمناها. وهي بذلك تعد نهجاً حميماً ونبعاً صافياً لأنق مظاهر الحياة وليلفها لثراً، ليكون

(١) حق المرأة في ألا تحمل ليس بحق مطلق، بل هو من قبيل الحقوق الموصوفة

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622 (1979); Bigelow v. Virginia, 421 U.S. 809 (1975).

(٢) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

الزواج في مضمونه ومرماه، عقيدة لا تنقسم عراها أو تهن صلابتها، وتصل روابطها في صميمها إلى حد قدسيته، لتظهر الحياة الشخصية من خلالها في أكثر صورها تأناً وتراحماً<sup>(١)</sup>.

٧٧٩- وحتى إذا كفل الدستور الحماية لبعض مظاهر الحياة الخاصة، فإن ذلك لا يفيد استبعاد ما سواها من ملاحها. ذلك أن حرمة هذه الحياة مبدأ عام ينتظمها في كل صورها وأشكالها<sup>(٢)</sup> Non inclusive list of rights. يؤيد هذا للنظر:

أولاً: أن الحماية الدستورية كما تتعلق بالحقوق التي نص الدستور صراحة عليها، فإنها تغطي كذلك تلك التي تندرج ضمنها تحتها، وتعتبر من مضمولاتها. وقد آمن الذين صاغوا وثائق إعلان الحقوق، بأنها موجهة ليس فقط لحماية الحقوق التي عدتها حصراً، وإنما كذلك لصون حقوق أساسية إضافية لا نص عليها في هذه الوثائق، إلى حد القول بأن الحق المجرد في الاجتماع، يفترض اختيار الزوج لزوجته، باعتباره أن الأسرة التي يقيمها في إطار علاقة الزوجية، هي في حقيقتها شكل من أشكال حرية الاجتماع.

ثانياً: أن القيم التي يحميها الدستور لا تنفصل عن وسائل تحقيقها. ومن المنصور بالتالي أن تنوع هذه الوسائل، وأن تتعدد دروبها، وأن تتطور مفاهيمها، لتفضي جميعها إلى تلك القيم، فلا تكون إلا طرائق لضمانها. وهي طرائق يكفل الدستور مرونتها حتى لا تجد حركته وينكسر في مواجهة الآمال الجديدة وطموحاتها، ولتظل للحرية المنظمة Ordered liberty<sup>(٣)</sup> أبوابها المفتوحة.

ثالثاً: من المحظور في إطار الحق في الحياة الخاصة، أن يفرض المشرع على الأفراد، نمطاً معيناً لحياتهم؛ ولا أن يصبها في جدران يقيمها؛ ولا أن يلزمهم بنوع الحياة التي اختارها لهم. فلا تكون أسوارها غير تحديد كامل لأشكالها.

يؤكد هذا للنظر، أن الحقوق التي احتجزها الدستور للمواطنين كافة، لا تتحدد دائرتها إلا على ضوء أوضاعهم المتطورة. وهي بذلك في اتصال دائم باحتياجاتهم، لتخرج هذه الحقوق

(١) القضية ٧٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٨/٥/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٥٦٧ من الجزء

السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Griswold v. Connecticut, ibid, at 488, 491, 492.

وفي نطاق حماية الحق في الخصوصية قضى بعدم دستورية تجريم حيازة شخص لمواد ماجة، لاستعمالها في بيته الخاص.

Stanley v. Georgia, 394. U.S. 557 (1969).

(٣) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).

إلى آفاق مفتوحة تكفل حيوية حركتها واتساع مجالاتها. وإذا صح القول -وهو صحيح- بأن دائرة الحقوق المنصوص عليها في الدستور يضطرد اتساعها من خلال تفسيرها المرن والمتطور، إلا أن تقليصها لا يجوز إلا بتعديل الدستور.

٧٨٠- على أن حق الفرد في حرمة الحياة الخاصة، لا يتطرق فقط بنطاق المسائل الشخصية التي حجبها عن الآخرين؛ ولا بالحق في أن يتخذ أكثر قراراته اتصالاً بمصيره، وأنتملها تأثيراً في أنماط الحياة التي يفضلها؛ ولا بالعلاق الزوجية وما هو صميم من روابطها، بما يعينها على النماء والتكامل ويكفل وحدتها<sup>(١)</sup>؛ ولا بمعلوماته التي يتلقاها أو يحوزها في شأن أخص الروابط والأصقة يدخلن نفسه. ذلك أن حق الناس جميعهم في حرمة خواص حياتهم، مفهوم عام يتناولها من لقطارها كافة، ليشمل كل ما ينبغي كتمانها منها في نطاق توقعهم المشروع. فلا تتسلق الدولة زحفاً عليها بما يقوض أكثر العلق الشخصية عمقاً ومودة وتقناً، ويهدر التقييم الخلقي التي تحيط بالحياة وتكفل دوامها واستقرارها.

٧٨١- وتفترض حرمة خواص الحياة، حظر تدخل السلطة بغير مبرر فيما ينبغي أن يفرد به كل إنسان من الشئون، وعلى الأخص تلك التي تتعلق ببناء الأسرة وإنجابها، وباختيار نوع التلميم لأبنائها، وبقيومهم خلقياً ونفسياً. وكذلك حق الأسرة في تعميق قيمها، وتقييم مناحي سلوكها، وأن تعمل في نطاق أعرفها وتقاليدها بما يكفل تماسكها، ويوثق روابطها، ويصون تراثها.

ومن ثم لربط الحق في تكوين الأسرة بالحق في صونها على امتداد مراحل بقائها بما لا يخل بوحدةها أو يؤثر سلباً في التقييم التي تتصور فيها.

بما موداه -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- أن ثمة مناطق من الحياة الخلصة لكل فرد تمثل أغوراً لا يجوز النفاذ إليها، وينبغي دوماً ألا يقتحمها أحد ضمناً لمرئيتها؛ وصوناً لحرمتها. فلا يكون اختلاس بعض جوانبها مقبولاً.

وهذه المناطق من خواص الحياة وبخائنها، تصون مصلحتين تتكاملان فيما بينهما، وإن بدتاً منفصلتين. ذلك أنهما تتعلقان بوجه عام بنطاق المسائل الشخصية التي ينبغي كتمانها.

(١) يلاحظ أن المؤسسة العائلية من بين أهم المؤسسات التي توليها المحاكم اهتمامها في مجال صون حرمتها وخصوصيتها: انظر في ذلك:

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1928).

فحق الأفراد في العيش سوياً في نطاق عائلة تجمعهم، يعتبر حقاً دستورياً.

وحجبها عن الآخرين؛ وكذلك بما ينبغي أن يستقل به كل فرد من سلطة التقرير فيما يؤثر في مصيره.

وتتلور هذه المناطق جميعها التي يلوذ الفرد بها، مطمئناً لحرمتها، ولامتاع إخضاعها لأشكال الرقابة ولأوتاتها على اختلافها، للحق في أن تكون الحياة الخاصة تخومها، باعتبار أن صونها من العوان، أوثق اتصالاً بالقيم التي تدعو إليها الأمم المتحضرة، وأكفل الحرية الشخصية التي يجب أن يكون نهجها متواصلًا، ليوائم مضمونها الآفاق الجديدة التي تروى الجماعة إليها<sup>(١)</sup>.

٧٨٢- وكلما حظر المشرع من خلال عقوبة جنائية فرضها- على الأفراد القيام لعمل معين، وكان منعم من هذا العمل تدخلًا من المشرع في خواص حياتهم، كان موقفه في ذلك مخالفًا للدستور.

وهو ما قررتة المحكمة الدستورية العليا في شأن نص المادة ٨ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التي حظر بها المشرع احتجاز أكثر من مسكن في البلد الواحد، وقرن هذا الحظر بعقوبة جنائية لضمان تنفيذه، وبجزاء مدني أبطل به كافة العقود التي تم أو التي يتم إبراسها بالمخالفة لحكمه.

وتؤسس المحكمة قضاءها بمخالفة هذا الحظر للدستور، على أن الذين يحتجزون أكثر من مسكن في البلد الواحد، مكلفين بمقتضى نص المادة ٨ المشار إليها بأن يقدموا إلى محكمة الموضوع -في جلساتها المفتوحة للكافة- أدلتهم على توافر مبرر هذا الاحتجاز. وهم بذلك يخوضون فيها ويعرضونها على كل من حضر جلساتها هذه، كاشفين عن بعض أخص داخلهم ولوثها اتصالاً بخواص حياتهم التي ما قصد الدستور بحمايتها غير أن يورث لهذه الحياة أسرارها لينكتمها أصحابها عن الآخرين.

فإذا حملهم المشرع على انتهاكها بأنضهم من خلال تقديم أدلتهم على توافر العذر المبرر لهذا الاحتجاز، كان تصرفه مخالفًا للدستور، وعلى الأخص في نطاق الأسرة التي تقوم في

(١) أنظر في ذلك القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٧- ص ٢٩٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

جوهرها على وحدة بنيانها وترابط مصالحها، فلا تكون نهبا لأخرين يقعون على أسرارها، وقد يطلعون على عورتها<sup>(١)</sup>.

٧٨٢- وتطو القماية الدستورية بخواص الحياة للناس جميعهم، مؤداة انصرافها إلى شئونهم الشخصية وإلى حرمة مساكنهم، وإلى حق ضحايا الجريمة في كتمان أسمائهم عن الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، وعلى الأخص ضحايا الجرائم الجنسية من النساء اللاتي يشهر بهن نشر وقائعها بما يعرضهن لأشكال من الحرج لا قبل لهن بتحملها، وقد يمنعن النشر المحتمل عن هذه الجرائم، من الإبلاغ عنها، ليفر جثاتها من صور الجزاء التي تردعهم وتمنع ترديعهم في الجريمة من جديد. وقد تظل عالقة في الأذهان -ولمستين طويلة- التفاصيل الكاملة التي ربطتهن بتلك الجرائم، فلا يكون بيان أسمائهن في الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، غير إهدار متصل لكرامتهن. وربما عزلهن بصفة كاملة عن محيطهن.

كذلك لا يجوز لأية جهة -إلا تعين مساهلتها منبها وجنائها- أن تتخذ من اسم أو صورة شخص معين -بغير موافقته- مجالاً لاستغلالهما تجارياً سواء من خلال إعلان أو مطبوع. فإذا كان هذا الشخص قد توفي، تعين على من يعلن الاسم أو الصورة بقصد تزويجها أو للتزيح منها، أن يحصل على موافقة ورثته.

والقول بأن نشر هذه الصورة أو الاسم، هو استعمال لحرية التعبير، مردود؛ بأن هذه الحرية لا تتلقض حق للناس جميعهم في أن تكون لهم ملاحظتهم التي يفنون إليها من عناء يومهم، ويهجعون إليها مطمئنين إلى خفائها عن الأعين التي تقتصمها، وأن تحظى أسماؤهم وصورهم بالتالي بالحماية التي تحول دون تداولها لأغراض تجارية، بل ولو كان نشر صورة الشخص، لا يخلط بالربح أو يتخاه. ذلك أن الحرية ينقضها إطلاقها، ويكفلها إمساكها من أعتها حتى لا تتحول إلى حرية منجرفة لا عاصم من شروها.

وما ينشر من التقارير أو الأخبار الكاذبة عن أشخاص بما يشوه سمعتهم، يعتبر إخلالاً بالحق في خواص حياتهم، بشرط أن يكون الجناة قد اندفعوا إلى نشر تخرصاتهم غير عابئين بصدقها أو بكنبها Reckless behavior؛ وكذلك إذا كانوا يدركون زيفها، ولم يمنعه من نشرها، علمهم ببهتانها Fraudulent intent<sup>(٢)</sup>.

(١) التضييعة رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية ص ٩٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة

الدستورية العليا.

(٢) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

ويظل واجباً أن نوازن بين حرية التعبير ومتطلباتها من جهة؛ وبين نطاق القيود التي تنظمها وتحدد إطار حركتها بما لا يرهقها.

فالناس في منازلهم التي يلونون بها لضمان راحتهم، ويعتصمون بحرمتها من كل دخيل عليها، يؤرقهم أن يطرق أبوابها أغيار يفرضون عليهم مطبوعاتهم بالطريقة التي يرونها، وفي الأوقات التي يختارونها، سواء كانوا راغبين في تلقيها أو عازقين عنها.

ذلك أن ضمان الناشرين لأفضل الفرص لترويج بضاعتهم، ليس حقاً مطلقاً غير مقيد بالقيود التي تنظم طريقة ترويجها وزمنها ومكانها. وإنما تثير الحقوق التي يكفلها الدستور لأصحابها - بالضرورة - حقوقاً لآخرين ينافونهم فيها، أو يضارون بسببها. ويتعين أن يتحقق التوازن بين هذين النوعين من الحقوق بما لا يخل بالإطار المنطقي للحياة المنظمة.

وشرط هذا التوازن، ألا يقتحم الموزعون لمطبوع منازل آخرين ليفاجئوا بوجوده تحت أبوابها بغير قبولهم، ولا أن يتركوه في صناديق البريد التي تخصهم. فلا يكون إطلاعهم على ما فيه، عملاً اختياريًا. شأن الآراء التي يروجونها من خلال مطبوع يلقون به إلى الناس في منازلهم أو ملحقاتها، شأن الصور الخليعة التي يبحثونها إليهم في هذه الأماكن بغير علمهم، سواء أكانوا من ملاكها أو مستأجرين لها.

ذلك أن مدامتهم بالصور الفاسقة، وما يقرنها من إمكان اللقاء بأصحابها في العناوين التي تكفل تلك الصور بها، وما يصاحبها كذلك من فحش التطبيق على أوضاع جنسية يمارسونها؛ كل ذلك يفجعهم في أنق مشاعرهم وينالض قيمهم الخلقية. ولئلا على الصغار - الذين تتصل أيديهم بها - أسوأ عاقبة وألدح خطراً. وهو ما يتحقق على الأخص كلما تعذر على البالغين والقصر تجنبها بعد فرضها عليهم<sup>(١)</sup>.

٧٨٤- ومن هذا المنطلق، لا يجوز لنقابة تعمل للدفاع عن مصالح عمالها، أن توجه إلى أربابهم في منازلهم، رسائل تشوه سمعتهم، أو تعرض العمال على الثورة عليهم بما يخل بالنظام في جهة العمل، وعلى الأخص إذا لم تكن لهذه الرسائل صلة منطقية بالأغراض التي تقوم النقابة على تحقيقها.

٧٨٥- ويظهر مما تقدم أن لحماية حرمة الحياة الخاصة لشكالا متعددة، أهمها:

(١) انظر في ذلك: مؤلف للأستاذ جاك روبير بالتعاون مع الأستاذ جان دي فر Jean Duffar وعنوانه حقوق الإنسان وحرياته الأساسية - الطبعة الخامسة ص ٣٦٩ وما بعدها.

أولاً: حماية حرمة المنازل من اقتحام أغيار لها، أو تنصتهم على ما يدور فيها، أو تصويرها بغير موافقتهم، ولو بطائرة.

وكما أن سيادة الدولة على إقليمها لا يجوز انتهاكها، فإن منزل الشخص يمثل بالنسبة إليه المكان المتميز *Le lieu privilegié* الذى لا يجوز أن ينازعه أحد فيه، ولو كانت السلطة العامة هي التي تد بصرها لدخاله. ذلك أن المسكن ليس مجرد مكان اختاره الشخص لنفسه ليقيم فيه؛ وإنما هو ملجأ يعتصم به من تكدس الآخرين، ويؤمن لقتحامهم لأسراره، ووقوفهم على خباياه، وهتكهم لما يدور فيه مما يتعلق بغوامس حياتهم.

وسواء فسر المنزل تفسيراً ضيقاً بقصره على المكان الذى يتخذ الشخص سكناً، أم كان تفسيره واسعاً مشتملاً على كل مكان يرتبط به الشخص برابطة لها خصوصيتها، ولو كان قارباً خاصاً بمخر البحار، ويتخذ الموجودون فيه مستقراً لهم؛ أو كان مكاناً يزاول فيه حرفة أو مهنة، فإن قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان مضطرد على رفض كل مفهوم ضيق للمسكن، ويلحق به كل مكان يباشر الشخص فيه نشاطاً تجارياً أو مهنياً يقتضى أن يظل فى مأمن من التدخل التحكيمي لرجال السلطة؛ وإن جاز التدخل فى حرمة المكان سفسراً على النحو المتقدم - بناء على أمر من قاضى التحقيق، أو من قبل أحد رجال الضبط القضائى فى الجرائم المتلبس بها<sup>(١)</sup>.

ولقد مايز قضاء المحكمة الدستورية العليا بين حرمة المسكن المنصوص عليها فى المادة ٤٤ من الدستور من جهة؛ وبين حق القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو تقييد حريتهم على نحو آخر من جهة أخرى. وهي تؤسس اجتهادها فى ذلك على أن الدستور غاير فى الحكم بين هاتين الحالتين. فبينما لا تجيز المادة ٤١ من الدستور - وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة - القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو حبسهم أو تقييد حريتهم على نحو آخر، أو منعهم من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن الجماعة، على أن يصدر الأمر من القاضى المختص أو من النيابة. وليس بشرط أن يكون مسبباً؛ فإن نص المادة ٤٤ من الدستور لم تجز دخول المساكن ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى يكون مسبباً. ولم تستثن من ذلك حالة التلبس بالجريمة.

وترد المحكمة الدستورية العليا حرمة المساكن التي كفلتها المادة ٤٤ من الدستور بإطلاق لا تخصيص فيه، إلى خليط من الحقوق والحريات التي نص الدستور عليها. إذ

(١) Cour 16-12-1992, Niemiety, n os 30-31.

تؤسسها على الحرية الشخصية، وكفرع منها، وكذلك على الحق في حرمة الحياة الخاصة. التي تكشفها خصائص المسكن باعتباره مهجعا للفرد، وموطن سره، وموطئ سكينته<sup>(١)</sup>.

وربما كان من الأوفق، أن توصل المحكمة الدستورية العليا حرمة المسكن على الحق في حرمة الحياة الخاصة للمنصوص عليه في المادة ٤٥ من الدستور باعتباره الحق الأقرب اتصالاً بهذه الحرمة. ولئن كان اتخاذ الشخص سكنا يستقر فيه، فرعا من إرادة الاختيار التي تتفرع بدورها عن الحرية الشخصية، إلا أن حرمة الأملكن المسكونة، مردها إلى خصوصيتها من جهة اطمئنان ساكنيها إلى أن ما يدور في دخلها، أن ترصده أذان مرها سمعها، وأن تبصره عيون نريد خرق حجبها، ولن أحاديثهم بها أو حتى إيماءاتهم لن يكشفها أحد، وأن أسرارهم في قلاع منيعة حصونها، مسئلة ستلذها، تحيط بها ظلمة حالكة حتى لا تقع يد متطفلة عليها، أو تفوس في أعماقها بقصد هتكها، ولو لمجرد التحقير بأصحابها.

ولئن كان الدستور قد أورد لحرمة المسكن، حكما قلما بذاته يتقدم نص المادة ٤٥ من الدستور التي تنص على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، فذلك بالنظر إلى ضرورة إيلاء اعتبار خاص لحرمة المساكن التي يفر الناس إليها من عناء يومهم مطمئنين إلى أن جدرانها لا لسان لها لتتطرق به، ولا عيون تملكها لتبصر بها، ولا أذان ترهفها لتتسقط بها كل كلمة تسمعها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: وتعتبر حرمة الرسائل المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من الدستور، واقعة كذلك في نطاق حرمة الحياة الخاصة. ذلك أن الأصل فيها هو سريتها. بل إن سريتها هذه -ولما كان محتواها- تفترض، إذ هي أصل يحكمها بالنظر إلى إلصاحها عن خوالج النفس وألق مكنولتها. وقد تكون في صورة مناجاة، أو تعبيراً عن ثورة ماحقة أو عن آمال مرتقبة أو مصائر منحصرة. وهي في كل صورها اتصال بالآخرين. ومن خلالها يتبادل أطرافها التعبير عن سخطهم على أوضاع قائمة، أو عن هموم تؤرقهم وتحيط بهم، أو عن عاطفة جامحة تتبض بها قلوبهم. أو غير ذلك من سبل التواصل الحميم أو المنموم بين الناس.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٢ يولية ١٩٨٤ - قاعدة رقم ١٢-ص ٦٧ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ويلاحظ في الحكم المتقدم أن المحكمة الدستورية العليا خاضت في خصائص المسكن باعتباره ملوئ للفرد وموضع سره وسكينته، وإن كانت هذه الخصائص علة الحرمة وليست مصدرها.

ولا يجوز بالتالى فض هذه الرسائل ولا الإطلاع عليها أو تغيير وجهتها، ولا تحريفها عن محتواها؛ ولا إخفاؤها أو طمس بعض عباراتها؛ ولا إساءة استخدام مضمونها، أو إذاعتها. بخير إن أطرافها.

بل إن الاختراق المتصاعد للناس فى أحاديثهم التليفونية، كان محل انتقاد المحكمة الأوربية لحماية حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>، مما حمل بعض الدول المعتمدة أطرافا فى هذه الاتفاقية، على أن تعلق جواز رصد أحاديثهم هذه وتسجيلها، على شرط صدور أمر قضائى بها يتنبا التكليل على وقوع جريمة تكل بصورة خطيرة بالنظام العام، ويقصد الوصول إلى جناتها، وبشرط ألا يتم رصد أحاديثهم عن طريق الخداع أو بالالتواء، وأن يكون لأطرافها حق بيان حقيقتها فى إطار حق النفاذ.

ومن غير المتصور فى إطار الدولة القانونية التى تقوم على قاعدة خضوعها للقانون، وتقيدها بالتالى بقواعد تطو عليها، وتعتبر إطارا لسلوكها وضابطا لتصرفاتها، أن تمنح الرسائل وغيرها من وسائل الاتصال من خلال أعمال تأتيتها السلطة التنفيذية بقصد فضها وقرفا على محتواها، ثم مطاردة أصحابها وتعقبهم بعد كشفها عن نوايا أضمرها، أو أفعال أعدا لها عدتها، ولو كان هدفها إجراء تغيير بالوسائل السلمية.

ذلك أن مصلحة الدولة فى صون أمنها حددتها قواعد الدستور. وإطلاق هذه المصلحة من عقائلا وإعطائها معان مفرطة فى اتساعها، مؤداه أن تصير الحرية الفردية رهن إرادتها، تقيها وفق مشيئتها أو تقوضها بغطها. فالجريمة المنظمة، والجريمة الإرهابية، والجناية بوجه عام، لها من خطورتها ما يقتضى رصد مدبريها وتعقبهم. إلا أن ذلك لا يجوز بغير أمر يصدر عن السلطة القضائية فى إطار ولايتها المنصوص عليها فى الدستور، وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥ منه التى تكفل حرمة للوسائل وغيرها من وسائل الاتصال، وتضمن سريةها ولا تجيز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقبتها إلا بأمر قضائى يكون مسببا، وموقوتا بمدة معينة، ووفق أحكام القانون<sup>(٢)</sup>.

ثالثا: ويدخل فى إطار خواص الحياة، أن يظهر الشخص أمام الآخرين بالطريقة التى اختارها لنفسه<sup>(٣)</sup>.

(١) Cour 24-4-1990 Kruslin et Huvig.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من الدستور على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون. وظاهر من ذلك أن هزتها التالية متفرعة عن فقرتها الأولى.

(٣) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, Droits de l'homme et liberte's Fondamentales, cinquieme édition, p.p 370- 373.

Le droit de la personne d'être perçue par les tiers avec l'apparence qu'il a choisi

ذلك أن الشخصية تتحدد مظاهر إعلائها والتعبير عنها. ولكن صاحبها قد يختار أن يظهر بمظهر معين قبل الآخرين. فإذا لم يكن هذا المظهر منظوياً عن إخلال بالنظام العام، تعين التسليم به، وتوفير الحماية للصورة التي أراد أن يتخذها، فلا يشوهها أحد.

فالحقيقة التي تنتشر الأسماء الأصلية التي حرص أصحابها على إخفائها، أو قاموا بتغييرها، تدخل بخواص حياتهم، لأنها تظهرهم في غير الصورة التي أرادوها لأسماهم.

وتغيير الهوية الجنسية -والتي تتعلق بما إذا كان الشخص ذكراً أم أنثى- من عناصر الشخصية. ولا يجوز للدولة بالتالي أن ترفض إدراج البيان الصحيح الخاص بها، ولو تعلق الأمر بشخص كان ذكراً ثم صار أنثى أو العكس. ذلك أن عملية تحويله لجنس آخر، تم إجراؤها وفقاً للقانون (Le Transsexualisme)<sup>(١)</sup>.

ويتعين بالتالي التسليم بالهوية الحقيقية للشخص -بكافة عناصرها- فإذا شوهها -بغير موافقة صاحبها- أحد من خلال عملية مونتاج أو عن طريق كاريكاتير يغير من الصورة التي هو بها، أو بوضعها في سياق يعطيها غير دلالتها، كان ذلك إخلالاً بالشخصية التي تتميز بتفردا وبخصوصيتها، وحق معاقبة المسؤولين عن هذا التغيير<sup>(٢)</sup>. والناس في أمراضهم، يقصدون أطباءهم الذين يعرفون حقائق حالتهم الصحية، وعليهم بالتالي كتمان أسرارها.

وتظهر بعض صور الحياة العائلية كذلك في إطار العلائق الاقتصادية بين أطرافها وما أودعوه من الأموال في مصارفهم، لنقل من الأسرار التي لا يجوز كشفها. فإذا أعلنتها صحيفة، حق عقابها. ذلك أن موارد الشخص الحالية والمستقبلية، وكذلك تلك التي تملكها زوجته، تتصل بخواص حياتهم التي لا يجوز لثقافتها. وقد يفضل بعض الأشخاص أن تظل هويتهم مجهولة حتى لا يعرفهم أحد. فإذا أذاع شخص عنهم ما يحددها ويظهرها، كان تصرفه مخالفاً للتمسور والقانون.

رابعاً: على أن حق الأشخاص في أن يظهر أمام الآخرين بالصورة التي يختارونها لأنفسهم ويرونها أكثر تعبيراً عن ذاتهم، ليس من الحقوق المطلقة. إذ يجوز أن يفرض المشرع في دائرة بذاتها، صورة بعينها على أشخاص يقعون في نطاق هذه الدائرة، حتى تؤكد

(١) المرجع السابق ص ٣٣٨.

(٢) فيما يتعلق بالرسوم الكاريكاتورية يوجد تسامح كبير في نشرها بالنسبة إلى القائمين بالعمل العام.

هذه الصورة بينهم، فلا يخلط آخرون بهم. وليس ذلك إلا تعريفاً بهم. ومن ذلك الأزياء التي يفرضها المشرع على رجال الشرطة. أو ضباط الجيش أو الطلبة في مراحل التعليم المختلفة.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>.

أن الحرية للشخصية لا ينالها أن يفرض المشرع في <<دائرة بذاتها>> قيوداً على الأشخاص الذين <<يقعون في محيطها>> تغير من الصورة التي أرادوا الظهور بها كجزء من ملامح شخصيتهم.

ويندرج في إطار هذه القيود، أن يلزمهم المشرع بأزياء بعينها يرتكونها، بما لا يخلطهم بآخرين لا ينتمون إلى هذه الدائرة، وليس لهم صلة بها، لتظل هذه الدائرة وفقاً على أصحابها، يعرفهم الناس بأزيائهم التي توحد بينهم، وتسهل التعامل معهم. وتلك مصلحة مشروعة لا نزاع فيها.

وتؤيد المحكمة العليا الأمريكية وجهة النظر هذه تأسيساً من جانبها على أنه وإن جاز للمواطنين بوجه عام أن يظهروا بالصورة التي يريدونها، إلا أن المرأة التي تعمل في جهاز الشرطة لا يجوز لها أن تطلق شعر رأسها منسدلاً على كتفها بالطريقة التي تراها. ذلك أن العاملين في الشرطة يجب أن تتوحد أزيائهم حتى يعرفهم الناس بسهولة من خلالها<sup>(٢)</sup>.

وقد عارض القاضيان برينان ومارشال -وهما من أعضائها- الحكم المتقدم على مند من القول بأن مظهر الشخص، صورة من الحرية التي يكفلها الدستور. إذ يبلور هذا المظهر الشخصية الفردية ويعلن عنها ويغذيها. وهو كذلك تعبير عن الطريقة التي انتهجها الشخص أسلوباً لحياته.

فضلاً عن أن ضمانات الحرية التي يكفلها الدستور، تشمل مظهره. فإذا لم يعبر عن هذا المظهر بالطريقة التي يراها، فإن الحق في خواص الحياة، والتعبير الذاتي عن الشخصية وتحقيق تكاملها واستقلالها، يكون لغواً<sup>(٣)</sup>.

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤١ ص ٦٥٦ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Kelley v. Johnson, 425 U.S. 238 (1976).

(٣) ويلاحظ أن الآراء المخالفة لقضاء المحكمة ملحقه بذات الحكم السابق.

المطلب الثامنإخلال القيد والتنقيش غير المبرر بالحق في التنقل<sup>(١)</sup>La liberté d'aller et venir

٧٨٦- كان الإنسان منذ وجد، دائم الانتقال من مكان إلى آخر، باحثاً عن ملأه وما يقتات به، مقاتلاً أعداءه، حريصاً على أن يتخذ للحياة أسبابها في حدود قدراته. وكان يتروى دائماً فيما بين موارد المياه، ليهجرها بعد نضوبها إلى موارد جديدة يقيم إلى جوارها، ويرعى ماشيته حولها. وهو في صراعه من أجل البقاء، في ترحال دائم، ولو إلى أبعد نقطة تبلغها قنماه، يطوع الطبيعة لظروفه، ويسخرها لاحتياجاته. ولم يكن في ذلك كله هائماً أو شريداً. بل واعياً بما يفعل، متخذاً من خطاه في الأرض، طريقاً إلى حياة يطلبها.

وصار حق التنقل في مبدأ أمره، ضرورة يقتضيها الحق في الحياة، وحقيقة مطلقة تصل الحياة بأسبابها، وتسطيعها روافدها.

وظل الإنسان في إطار هذه الأوضاع في حركة دائية، لا يستقر في مكان واحد، ينتقل من جهة إلى غيرها. وكلما يصل مرة ثانية إلى النقطة التي بدأ للترحال منها.

٧٨٧- ويتطور الحياة، وتعد ومائلها، وتزاحم الأفراد فيما بينهم وتكادهم -ولو لا انتزاع ما لا يخصهم- وتوفر مظاهر القوة التي تسلط بها بعضهم على بعض، صار تنظيم الحق في التنقل ضرورة يتطلبها التماس في إطار الحرية المنظمة، وإن لم يكن ثمة جدل في أصل هذا الحق، ولا في توافقه مع الفطرة التي جبل للناس عليها، ولا في ضرورته لضمان الحق في الاجتماع وتوثيق حرية التعبير، وغيرها من الحقوق التي كفلتها الدساتير ووثائق إعلان الحقوق، كالحق في النقاضى والحق في العمل. وحتى الحق في بيئة نظيفة يعيش الإنسان في كنفها، لا يتصور بغير ضمان الحق في التنقل لتطهيرها من ملوثاتها.

وارتبط الحق في التنقل *Le droit de tout citoyen de circuler à son gré* بالتالى -على ضوء هذه المفاهيم- بأعلى القيم وأرفعها، وصار جزءاً لا يتجزأ من الحق في الحرية، بل ومن الحق في الحياة. وهما حقان لا يتصور ضمانهما بغير حق التنقل، بما يؤمن للحرية من عزائتها، ويوفر للحياة أسبابها، ويعمق مظاهرها.

(١) الحق في التنقل، هو حق في التحرك، وهو حق طبيعي مقرر للأشخاص الطبيعيين وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن الحق في التنقل، ذو قيمة دستورية.

٧٨٨- ولم يعد الحق في التنقل مقصوراً على الحدود الإقليمية، وإنما تعدت أسبابه إلى خارجها، وعلى الأخص في مجال عمل الصحافة التي ينسقط مندوبوها الأخبار من مواقعها، وينقلونها إلى من يتطلعون إلى إثباتهم بها، وتحليلها.

وصار حق التنقل مفترضاً أولاً لمباشرة الصحافة لحريتها، وضماناً لتدفق الحقائق من كافة المصادر التي تستقيها منها. ذلك أن حرية الصحافة قوامها حرية إعلان الكلمة من خلال نشرها، حتى تصل إلى كل من يريد الاطلاع عليها، وإن جاز تقييد الحصول على بعض المعلومات، من بعض المصادر، في إطار من الوسائل القانونية السليمة التي تنافي التحكم.

٧٨٩- كذلك يرتبط ضمان حرية التعبير برصد الآفاق المفتوحة التي تنهل منها، والانتقال إليها للحصول على كل معلومة تتخذها مادة لها. فلا تنطلق هذه الحرية في دائرة ضيقة، وإنما تتجدد روافدها، ويزداد اتساعها، بما يكتل تدفق عطائها، وتوثبها لكل جديد.

٧٩٠- والحق في التنقل كذلك ضمان لإسهام المواطنين في كل شأن عام، والحصول من الدولة -وعن طريق مؤسساتها المختلفة- على الحماية التي يروجونها منها، سواء عن طريق اعترافها بحقوقهم التي أهملتها، أو بمعاونتهم في رد عدوان عليها. وهم بذلك يستوفون احتياجاتهم بالانتقال إليها وعرض ظلماتهم عليها<sup>(١)</sup>، فإن لم تسعهم في إيفائها أو آخرتها عنهم، أو ناجزتهم فيها؛ لم يعد أمامهم سبيل غير الانتقال إلى دور القضاء لتفصل في كل نزاع بينهم وبين السلطة، أو بينهم وبين خصومهم من الأفراد، ليحيط حق المواطنين في التنقل بأنماط حياتهم على اختلافها، ويتوجهاتهم أياً كان الطريق لتحقيقها وبمعاييرهم إلى الحرية والرخاء والتقدم، فلا يكون هذا الحق غير إرادة الحياة بكل مظاهرها<sup>(٢)</sup>.

وهو حق يشمل المواطنين جميعهم، لا يميزون فيه عن بعضهم البعض<sup>(٣)</sup>، ولو بالنظر إلى عرفهم أو مكانتهم. وهو في الدول الفيدرالية حق للقاطنين في كل ولاية، ينتقلون منها إلى غيرها، بغير فواصل إقليمية؛ ودون ما اعتداد بفرهم أو ببطالتهم، وسواء تطق الانتقال بأشخاصهم أو بأموالهم.

(١) تنص المادة ٦٣ من الدستور على أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة ويتوقيبه. ولا تكون مخاطبة السلطات العامة باسم الجماعات إلا للهيئات النظامية والأشخاص الاعتبارية.

(٢) يلاحظ أن حق المرأة الساقطة في التنقل للبحث عن زيلتها، لا يرتبط بحرية الانتقال، وإنما بعرضها لجسدها والإكثار فيه وهو عمل غير مشروع.

(٣) ولا يجوز بالتالي للمدة أن يحظر على أشخاص بذواتهم في الدائرة الإقليمية للعمودية، الانتقال من مكان إلى آخر فيها ولا أن يطلب منهم مستندات قبل أن يصرح لهم بهذا الانتقال.

٧٩١- وحق الانتقال إلى ما وراء الحدود الإقليمية للدولة يحظى بالحماية ذاتها التي يكفلها الدستور لمن يتجولون في نطاقها.

وقد يكون انتقالهم من وطنهم -ولو بصفة مؤقتة- لضمان فرص العمل التي يبحثون عنها. وقد تنوم هجرتهم من أوطانهم وفق للشروط والأوضاع التي ينظمها القانون.

ويظل الحق في الانتقال في هذه الفروض جميعها، مولزيا في أهميته، طعام الناس وشرابهم، وضربهم في الأرض بحثا عن أرزاقهم، وسعيهم لضمان أمنهم، ونضالهم من أجل حريتهم. إذ هو مدخل لكل ذلك. بل هو يمثل في إطار النظام القانوني للقيم، أكثرها حيوية واتصالا بالحق في الوجود.

٧٩٢- على أن حرية المولطن في التنقل -ولو فيما وراء حدود بلده - تحكمها القيود التي يحيطها المشرع بها، بما لا إخلال فيه بشرط الوسائل القانونية السليمة. وللدولة بالتالي أن تمنع مواطنيها من الانتقال إلى بؤر الصراع، وإلى المناطق التي تتهدد فيها حياتهم بخطر كبير، كالبلدان المعادية، أو التي دهمتها فتن داخلية، أو مزقتها أطماع أجنبية، أو استشرت فيها نوازع عرقية تكلل الأخضر واليابس.

ولا كذلك حرمانها أفراد منظمة بعينها من الانتقال داخل الدولة أو خارجها، ولو كان نشاطها مناوئا لها، أو غير مقبول منها. ذلك أن منعه من الانتقال، يفترض سعيهم لتقويض نظمها انقلابا عليها. وهو اعتبار إذا توافر في حق المتورطين في النشاط غير المشروع لهذه المنظمة، لا يقوم في حق اعضائها الأبرياء الذين لا شأن لهم بدائرة إجرامها.

فلا تكون النصوص القانونية التي تحظر تنقل أعضاء المنظمة جميعهم، إلا مفرطة في اتساعها، تخطئ الأبرياء بالمتنبين، وتجمعهم على صعيد واحد، وتردهم إلى دائرة الجزاء عليها، بما يعوق حريتهم التي كفلها الدستور؛ ولو علق المشرع حقهم في الانتقال، على تخليهم عن المنظمة التي انضموا إليها. ذلك أن التحالقم بتنظيم معين في إطار حق الاجتماع، مؤداة أن يكون دخولهم فيه، وخروجهم من إطاره، مطلقا على إرادتهم، لا على قرار من الجهة الإدارية.

٧٩٣- ويتعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تنظر إلى الحق في التنقل باعتبارها أصلا لا يجوز تقييده إلا في أضيق الحدود. فإذا فوض المشرع جهة إدارية في أن تقرر بنفسها شروط حرمان المواطنين من حرية الانتقال، فإن منعها لمولطن من مباشرة هذه الحرية، يخوله حق التنظيم من قرارها ومناقشتها كذلك في ألفتها، ثم الطعن علي هذا القرار

حال إصرارها علي تنفيذه. والمحكمة أن تراجعها فيه، وأن تلغيه إذا كان فاقدا لسببه، وغير مشروع بالتالي. وهي بذلك ترين العناصر التي قام عليها القرار المطعون فيه، وتحققها وتصل فيها، فلا يكون قرار الحرمان من الانتقال موافقا للدستور والقانون، إلا إذا اقتضته مصلحة لها اعتبارا من تلك التي تتعلق بالأمن القومي<sup>(١)</sup>.

٧٩٤- ويبدو الحق في التنقل أكثر أهمية في الدول الفيدرالية، بالنظر إلى الطبيعة المركبة لهيكلها السياسي، وباعتبار أن ضمان هذا الحق، يوحد شعوبها في الأجزاء المختلفة لإقليمها، ويكفل تماسكها ويحقق للتدخل بين مصالحها، ويزيدها قوة وصلابة تتخطى بها الحواجز الإقليمية التي تفصل ولاياتها أو مقاطعاتها عن بعضها، لتظهر عملا وكأنها كتلة متماسكة شديدة الترابط، عميقة الالتحام، فلا يتمزق نسجها، وإنما يكون صامدا عبر الأجيال، وخلال العهود المختلفة.

ذلك أن ضمان حرية مواطنيها في التنقل بين أجزاء إقليمها، بغیر قيود تحكمية تعطل حركتهم، يوثق صلتهم بها، ويضمهم إلي بعضهم ويكفل حرية التجارة فيما بينهم Interstate commerce، ويوحد معهم لتأسيس وطن واحد يذويون فيه، ويمحو الفوارق بينهم قدر الإمكان. ولئن كفل الدستور الفيدرالي لكل ولاية أو مقاطعة دخال الدولة الفيدرالية، استقلالها تشريعا وتنفيذا وقضائيا عن غيرها، إلا أن التنقل من ولاية أو مقاطعة إلى ولاية أو مقاطعة أخرى، بعيدة عنها أو قريبة منها، كثيرا ما يكون ترحالا من أجل البحث عن فرص أفضل للعمل، أو استثمار أكثر جاذبية للمال، أو عن معاملة ضريبية أرفق، أو عن معونة اجتماعية أعلى Higher welfare benefits.

وليس لولاية بالتالي أن تصد أبوابها عن معوزين بطرقونها؛ ولا عن وافدين يطلبون العلم في معاهدها ذات المزايا الأفضل؛ أو يترددون علي مرافقها بقصد الانتفاع بها، ولا أن تميز بين مواطنيها الذين استقروا في إقليمها سنين طويلة، وبين الذين يمرون في إقليمها مروراً عابراً من غير مواطنيها<sup>(٢)</sup>.

فالدول الفيدرالية تترابط أجزاؤها، وتتصير دخالها الحدود الإقليمية لكياناتها السياسية الفرعية، مقاطعة كانت أم ولاية لم كانتونا. إذ ليس من شأن هذا التقسيم السياسي، أن تتفرق شعوبها وتتأثر، ولكنها تتوزع علي أجزاء مختلفة في الوطن الأم، لتكون لهم ذات الحقوق

(١) Kent v. Dulles, 357 U.S. 116 (1958).

(٢) Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969).

التي يكلفها الدستور الفيدرالي لجموعهم، سواء قبل بعضهم البعض، أو في مواجهة الدولة المركزية التي لا يجوز أن تعاق حركتهم داخلاً، وغيرها<sup>(١)</sup> Interstate movement.

٧٩٥- وتكفل للمحكمة الدستورية العليا حرية المصريين في انتقلهم فيما بين ربوع بلدهم، غدواً ورواحاً - بما في ذلك الحق في مغادرة الإقليم - فلا ينفرد فريق من بينهم بمباشرة حرية الانتقال داخل بلدهم أو خارجها، وإنما يباشرها كل مواطن بما لا يقوض جوهرها، أو يخل بمصلحة قومية لها اعتبارها.

وهو ما تكل عليه المادة ٥٠ من الدستور التي تخول كل مواطن - وفيما عدا الأحوال التي يبينها القانون - الحق في أن يقيم في الجهة التي يختارها داخل بلده. فلا يرد عنها، ولا يجبر على أن يتخذ غيرها موطناً. ومرد ذلك أن الحرية الشخصية أن تكتمل ملاحها بغير الحق في التنقل، وعلى الأكل باعتباره ضرورياً لصون جوهر مكوناتها، ولتأمين كافة الحقوق التي ترتبط بها

٧٩٦- والبين من المادتين ٥١ و ٥٠ من الدستور، تقريرهما لضمانتين ترتبطان بالحق في التنقل. ذلك أن: أولاهما: لا تجيز منع مواطن من أن يقيم في جهة يعينها، أو حمله على أن يقيم في مكان معين، في غير الأحوال التي ينص عليها القانون.

وتحظر ثانيتهما: إبعاد مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها، ولو كان ذلك تكبيراً احترازياً لمواجهة خطورة إجرامية تقتل بالمواطن المبعد أو الممنوع من العودة إلى بلده.

ثم تأتي المادة ٥٢ من الدستور لتكفل للمواطنين جميعهم حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة إلى الخارج، على أن ينظم القانون هذا الحق، ويبين شروط الهجرة وإجراءاتها<sup>(٢)</sup>.

٧٩٧- وقد أعطى الله تعالى حرية الانتقال قيمتها العليا، فلم يجعل مباشرتها مجرد حق، بل واجباً كذلك حتى لا ينسحق الناس بالقهر وتل الحاجة، في جهة بذاتها يقيمون فيها. فقد بسط الله تعالى الأرض للناس جميعهم، وجعلها لهم مهذاً، وسواها وأغنى مرعاها، ولشأها نولاً يمشون فيها، و يحصلون على احتياجاتهم منها.

(١) Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908).

كذلك فإن من بين الحقوق التي تقتضى ضمان حرية الانتقال، حق الأشخاص في التنسكي السلطة العامة من ظلم وقع عليهم، وحقهم في التصويت لاختيار التامنين بالعمل العام، وحق الدخول إلى المباني الحكومية.

(٢) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ - من ١٩٨ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ثم نهاهم -بعد أن عبدا لهم- عن أن يكونوا مستضعفين في الأرض مع رعايتهم،  
تضييق بهم رغم اتساعها. فأمرهم بالانطلاق في مراكبها، لا يترددون خوفاً، أو يتعشرون  
تخاذلاً، وإنما يجولون فيها بقوة الإيمان ومضاء العزيمة، باحثين عن كرامتهم قبل قوتهم، بما  
يحفظ لقلوبهم جنوتها، فلا تهمد حركتهم في الحياة.

المبحث الثالثالإيقاع بالآخرين Entrapment

٧٩٨- تفترض الجريمة في الأعم من أحوالها، إرادة ارتكابها. ويتضمن تحقيقها توصلاً إلى جناتها، جهداً متتابعاً من القائمين بأعمال الضبط الجنائي، وعلى الأخص في مجال تجميعهم للدلائل على وقوعها، استدلالاً بها على ثبوتها في شأن شخص معين، يعتبر في نظرهم مرتكبها.

ويحيط للمجرمون أنفسهم ونشاطهم بقدر كبير من السرية، ويحكمون بتعليماتهم حتى لا يعرفها أحد، ويثبتون عيونهم في أماكن مختلفة لتنبيههم إلى كل خطر قائم عليهم، ويتكتمون شئونهم حتى لا يتركها غير المحيطين بهم من أعوانهم، ويتعمدون تضليل رجال القائلون حتى تظل الجرائم التي يرتكبوها بعيدة عن أيديهم بما يحبط جهودهم ويعجزهم عن كشفها والتبصير عليهم بغير عمل من أعمال الخداع التي يستهدفون بها إيقاعهم في قبضة العدالة. ومن صور الخداع هذه بثهم لعمل من بينهم، أو من جهة غير هيئة الشرطة، بنسب بينهم، ويعايشهم في مظاهر سلوكهم المختلفة لإيهامهم بأنه مجرم مثله، يسير على مثوالهم، ويتوخي تحقيق أغراضهم.

وبقدر مهارة العميل في الإقناع، تكون قدرته على الإيقاع بهم أكبر. إذ يندمج فيهم، ويصير واحداً من أقباعهم. وقد يمولهم لتنفيذ مشروعاتهم الإجرامية، أو يعمل معهم في تخليق بضاعتهم أو ترويجها، وقد يصل دور العميل إلى حد تحريضهم على الجريمة. وذلك بأن يزيناها في عقولهم، أو يصمم لهم خططها ومراتل تنفيذها، متوخياً بذلك أن يراهم ملتبسين أمام المحكمة ومعهم دليل جرمهم. فلا تكون أعمال الخداع التي أتاها غير تنبهر محكم يخطط للجريمة بقصد كشفها وضبطهم متلبسين بارتكابها.

والعميل في كل ذلك يظهر لهم وراء شخصية مختلفة عن حقيقته، كأن ينقص دور تاجر يريد شراء المواد المخدرة منهم، ويقنعهم بأن يمولونهم في توزيعها. وقد يقدم لهم المادة الأولية اللازمة لتخليقها حتى يورطهم بدرجة أكبر في جريمة صنعها<sup>(١)</sup>.

وقد يظهر العميل في صورة من يتاجر في الآثار، فيعمد إلى إقناع من يهربونها بأنه أقدر منهم على إخفاء ملامحها ثم تسويقها، فيودعون نقتهم فيه، ويطلعونه على الآثار التي نهبوا، ويرتبون خططهم لنقلها إلى الخارج وبيعها بوصفهم شركاء في أرباحها.

(١) The Supreme Court, Entrapment and Our Criminal Justice Dilemma, Sup. CT Review 111 (1981).

وقد لا يتعلق الأمر بأشخاص ضالعين في الجريمة، وإنما تحيط بهم شبهة تورطهم فيها. وهو ما يتحقق على الأخص في الرشوة التي يشاع عن بعض الموظفين أنهم يتلقونها ممن يتعاملون معهم من أفراد الجمهور، فيعرضها العميل عليهم، حتى إذا قبلوها، أدانوا أنفسهم بأنفسهم.

٧٩٩- فنحن إذن أمام صورتين من صور الخداع والإيقاع:

إحدهما: تتعلق بأشخاص ضالعين في الجريمة قبل اتصال العميل بهم. وهم منخروطون فيها ومقبولون عليها ولو لم يتصل بهم هذا العميل. وإنما تقتصر دوره على حملهم على الإسراع فيها من خلال تسهيل خطواتها.

ثانيتهما: تتعلق بأشخاص ما كانوا ليتورطوا في الجريمة، لولا تدخل العميل.

فما هو حكم القانون في كل من هاتين الصورتين؟؟

تحكم هذا الموضوع نظرتان:

إحدهما شخصية: Subjective approach. وموداما أنه إذا كان الضالعون في الجريمة ليرتكبوها، ولو لم يتصل العميل بهم ليتورطهم فيها، فإن الجريمة تكون من صنعهم بعد أن خططوا لها وتحبوا فرصتها، فلا يقبل منهم بحذف القول بأن العميل حرضهم عليها أو زينها في عقولهم<sup>(١)</sup>.

فإذا لم يكن من ارتكبتها ليدخل منها لولا تدخل العميل، فإن فعل العميل يكون محظوراً.

ومن ثم تركز النظرة الشخصية على الأشخاص الذين اتصل العميل بهم، وما إذا كانوا قد خططوا للجريمة وعقدوا العزم على تنفيذها قبل اتصال العميل بهم، أم كانوا أسوياء لا شأن لهم بها، ولكن العميل حرضهم إليها.

وثانيتهما نظرة موضوعية: Objective approach تولي اهتمامها لأفعال العملاء في ذاتها. فإن كان من شأنها التدخل في الجريمة على نحو يدل على خروجهم على واجباتهم الوظيفية محددة على ضوء مستوياتها المسلم بها، كان تدخلهم غير مقبول. ويتعين An intolerable degree of governmental participation in the criminal enterprise بالتالي إطلاق سراح من ورطهم العميل في الجريمة، سواء كانوا من قبل ضالعين فيها، أو لا

(١) Jacobson v. United States, 112 S.ct. 1535, 1540 (1992).

ينزعون لارتكابها، وذلك كلما كان تدخل العميل قد هبط بواجباته الوظيفية إلى حدود تنافي خصائصها ومتطلباتها التي لا يندرج تحتها التحريض على الجريمة.  
Entrapment regardless of predisposition.

٨٠٠- وتميل المحاكم في مجموعها إلى النظرة الموضوعية التي تخولها تعمق أعمال عملاء السلطة، ومراقبة قدر تدخلهم بها في الجريمة، ووجه تأثيرها في إرادة مرتكبها، فكلما كان هذا التدخل جسيماً بما يخل بالقواعد الرئيسية التي تدار العدالة الجنائية على ضوءها، فإن هذا التدخل يكون محظوراً، ولو كان تدخل العميل قائماً على نبل دوافعه في مطاردة المجرمين، وجموحه في مجال تحقيقهم والنيل منهم<sup>(١)</sup>.

Overzealous Law Enforcement Officers.

وعلى المحكمة أن تحقق في الدفوع التي يقدمها المحامون والتي ينهمون بها العملاء بالإيقاع بموكليهم، وأن تنظر في كل حالة على حدة، وأن تحدد مدخلها للفصل فيها، على ضوء النظرة الشخصية أو الموضوعية التي تتخذها منهاجاً لها، والتي تحدد على ضوءها ما إذا كان تدخل العميل في حالة بذاتها جائزاً أو غير جائز.

فتميلها إلى النظرة للشخصية، موداه أن الإيقاع لا يكون مبرراً، ما لم يكن الأشخاص الذين اتصل العميل بهم، مقبلون على الجريمة يتحيزون الأوضاع الملائمة لتنفيذها إذا وانتهم فرصتها، ولو لم يكن العميل قد اقترب منهم.

Defendants disposed to commit the criminal act prior to first being approached by the government's agent

ولا كذلك تأسيسها لحكمها على النظرة الموضوعية التي تركز على العملاء أنفسهم، وتدينهم إذا كان سلوكهم في حالة بذاتها، مجاوزاً الحدود المنطقية لاستعمال سلطاتهم. وهو ما يتحقق إذا انحرفوا بتصرفاتهم عن مستوياتها التي يجوز القبول بها.

Whether the police conduct revealed in the particular case, falls below standards for the proper use of governmental power.

<sup>(١)</sup> والنظرة الموضوعية هي التي يوصي بتطبيقها في القوانين الجنائية:

See, American law Institute, Model Penal Code (1962); National Commission on Reform of Federal Criminal laws., A Proposed New Federal Criminal law (Final Draft 1972).

ولم تقبل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية النظرة الموضوعية التي أودها بعض قضاتها وأوصى بها الكونجرس ومشروع الولايات الأعضاء في الإتحاد.

The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation, Printed by Congressional Research Service, pp.1751,1752.

وتختل مستوياتها هذه، إذا كان العميل قد خلق الجريمة بيد غيره، أو كان سببها من خلال التحريض عليها.

The Inquiry to be focused on, is whether the act instigated the crime

ويعتبر العميل صانعاً للجريمة بيد غيره، إذا كان قد زود المتهم بمادة لا تقوم الجريمة إلا بها، ولو كان بإمكان المتهم أن يحصل عليها من مصدر آخر. ويعتبر تدخله في الجريمة محظوراً كذلك إذا كان هو سببها من خلال الحض عليها، كأن يعاشر العميل امرأة لها ماض، ويوهما بصديق عواطفه نحوها، ثم يدفعها إلى مخالطة رجال آخرين بغير تمييز ولو بغير أجر، لينهما بعد ذلك بالدعارة.

ذلك أن تدخل العميل في هاتين الصورتين يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة التي لا تعارض الإيقاع بمجرمين غرض نشاطهم على الشرطة من خلال مظاهر التحوط التي يتخذونها، فلا يكون دخول العملاء في صفوفهم والاندماج معهم، تكبيراً منافياً لهذه الوسائل إذا كان ما يتوخاه منحصر في الاتصال بالمجرمين حتى يطمئنتوا لهم، ويعرفونهم على مخازن الأسلحة التي هربوا، أو معامل تقطير الخمر التي أخفوها، أو أماكن تخليق المواد المخدرة التي يروجونها، أو طرق جلبها، ووسائل توزيعها؛ أو صور التعامل في الدعارة التي خططوا لها، والنظم التي تدار بها شبكتها بما في ذلك وسائل اتصال الرجال بالباغايا.

ولا كذلك دفعهم إلى الجريمة التي كانوا يخططون لها قبل اتصال العميل بهم. ذلك أن إجرامهم وإن كان جزءاً من الحياة اليومية التي ألفوها، إلا أن كل تكبير يتخذه العميل بقصد التحريض على الإصرار فيها أو لتزيينها على نحو يؤمن مخاطرها في عقولهم، هو تكبير غير مقبول. ويزداد الأمر سوءاً إذا كان تدخل العميل متصلاً بأشخاص لم يتأهبوا للجريمة، وإنما ورطهم العميل فيها<sup>(١)</sup>.

وتظل درجة تدخل العميل في الجريمة، معياراً حاسماً في اعتقادنا، لتحديد نقطة الفصل بين الإيقاع الجائز بالمجرمين، والإيقاع غير المقبول<sup>(٢)</sup>.

(١) United States v. Russell, 411 U.S. 423 (1973).

وعلى ذلك يجب التمييز بين أشخاص لم يتأهبوا للجريمة ولا يعينهم أسرها، وإنما ورطهم العميل فيها، وبين آخرين كان إجرامهم من خلقهم.

To determine whether entrapment has been established, a line must be drawn between the trap for the unwary innocent, and the trap for the unwary criminal.

(٢) Sorrells v. United States, 287 U.S. 435 (1932); Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958).

المبحث الرابعإقرار المشبوهين بالجريمةالمطلب الأولطبيعة هذا الإقرار

٨٠١- يفترض فيمن نتور في شأنهم شبهة ارتكابه للجريمة، أن اعترافاتهم بها -فيما لو أقروا بأنهم جناتها- مجردة من كل تأثير يفقدها مصداقيتها، أو يرجح بعتانها، وهو ما يتحقق كلما نجم التأثير عن تدخل غير مشروع للحصول عليها، ولو بحمل شخص أو أشخاص على الشهادة التي تكذبهم، سواء كان هذا الحيل مردد إلى تهديد بليذاتهم أو إلى منفعة وعدوا بها<sup>(١)</sup> A promise of benefit or a threat to harm.

ويعتبر خوض المحكمة في صدق اعترافاتهم أو كذبها، صمام أمن يحول دون تلفيقها أو الإكراه عليها من خلال ضريهم أو جلددهم أو استعمال غير ذلك من مظاهر القوة قبلهم أو التهديد بها<sup>(٢)</sup>. غير أن للتحقق مما إذا كان الإقرار بالجريمة يعتبر عملاً إرادياً أو كان قد انتزع قهراً، صار متخذاً اليوم على ضوء الوسائل العلمية التي لا تظهر معها آثار تعذيبهم أو أنواع الضغوط التي تعرضوا لها.

كذلك فإن من وسائل الحصول على اعترافاتهم، ما كان يبدو في ظاهره موافقاً للقانون، ثم صار في إطار التطور القضائي مخالفاً لأحكامه.

فالأسئلة التي يوجهها رجال الشرطة إلى المشتبه فيهم، لا مخالفة فيها للقانون بشرط أن يتم توجيهها إليهم في حضور محام إلى جانبهم.

غير أن امتداد هذه الأسئلة فترة طويلة من الزمن، وتعايقها واتصال حلقاتها بما لا يوفر للمشبهين فرصة لالتقاط أنفاسهم، ويعرضهم لضغوط نفسية كبيرة، يعتبر في حكم الإكراه، فلا يؤخذ بإجاباتهم هذه دليلاً ضدهم<sup>(٣)</sup>.

(١) يستند بطلان الإقرار في الدستور الأمريكي إلى التعديل الخامس لهذا الدستور الذي يقضى

بأنه لا يجوز لشخص أن يدين نفسه بنفسه. (Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1997)).

(٢) Chambers v. Florida, 309 U.S. 227 (1940); Ward v. Texas 316 U.S. 547 (1942).

(٣) Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143 (1944).

وفي هذه القضية، بطل الإقرار بعد ٣٦ ساعة من الأسئلة المستمرة تحت أضواء كهرومائية مبهرة.

ذلك أن سؤالهم علي هذا النحو، من الوسائل الخطرة المنطوية علي سوء استعمال السلطة. ويتعين بالتالي إدانتها وردع القائمين عليها من خلال إبطال تحقیقاتهم، ولو كان ما دون فيها يحمل عناصر صدقها، بالنظر إلي ترابطها ووجود قرائن تدعّمها.

بما موداه أن إقرار المشتبه فيه بالجريمة، لا يعتبر دليلاً عليها إذا تم التحصل علي هذا الإقرار بوسائل غير ملائمة، ولو كان ذلك الإقرار مؤيداً بدلائل خارجية تؤكد صحته<sup>(١)</sup>.

ذلك أن مثل هذه الوسائل تناقض قيم الجماعة وثوابتها، ولا توفر لمن يتعرضون لها الفرص الحقيقية التي تؤمن حقهم في الحياة وفي الحرية، وهما حقان لا يجوز إهدارهما بغير الوسائل للقانونية السليمة.

### المطلب الثاني

#### بطلان كل إقرار بالجريمة ينتزع جبراً

٨٠٢- ولا يجوز بالتالي أن يدان المتهمون كلما كان اعترافهم بالجريمة ناجماً عن وسائل تنتزع بها أقوالهم، ولو قام الدليل علي صدق أقوالهم هذه. ذلك أن النظم الجنائية في تطورها المعاصر، لا تعتبر نظاماً تنقيبية Inquisitorial. ولكنها نظم اتهامية Accusatorial تقتضي أن تركز المحاكم اهتمامها -لا علي صدق الإقرار بالجريمة أو كذبه- وإما علي نوع الوسائل التي تأتي بها. فكلما كان من شأنها قهر إرادة المقر بالجريمة، بطل إقراره بها، ولو كان صادقاً<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز أن يقال بأن حضور المحامين مع موكلهم يعقد الإقرار بالجريمة، لو جعل لها أكثر صعوبة. ذلك أن الأمر الأكثر أهمية هو الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير الوسائل للقانونية السليمة، ولو بدا للمقر بالجريمة مسيطراً علي أعصابه، متخلياً عن حذره، بل ولو كان مدركاً أن إخفاء الدليل علي ارتكابه لها، معركة خاسرة في مواجهته لرجال الشرطة.

ومن غير المتصور في الدول التي تقوم دساتيرها علي ضمان الحرية الشخصية بما يكفل عدم الإخلال بها دون مقتض، أن ينتزع الإقرار بالجريمة من مشبوهين، بوسائل تعتبر في مضمونها تخريباً عقلياً لهم، خاصة إذا نجم اعترافهم بالجريمة عن أسئلة متتابعة تمتد زمناً طويلاً يكون منهاكاً لأبدانهم؛ وكان رجال الشرطة قد تتلووا عليها In relays لضمان راحتهم

<sup>(١)</sup> Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

<sup>(٢)</sup> Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534 (1961), Bram v. United States, 168 U.S. 532, 542 (1897); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

بالنظر إلى طول منتها؛ وكان المشبوهون قد تعرضوا لإضاءة قوية تغطي بها أبصارهم أثناء التحقيق معهم في غرفة مغلقة جلبوا إليها وأودعوا فيها طوال فترة التحقيق معهم<sup>(١)</sup>؛ وكانت الأسئلة التي وجهها رجال الشرطة إليهم قائمة على افتراض ارتكابهم الجريمة، بما يشكل ضغطاً نفسياً لا يحتمل على أعصابهم التي يرهقها بالضرورة اتهامهم بجريمة خطيرة كالقتل أو بغيرها من الجرائم التي لا تقبلها الجماهير عادة من منظور قيمها.

### المطلب الثالث

#### حضور المحامين مع المشبوهين ضرورة لا تقربط فيها

٨٠٣- ولئن جاز في بعض الدول أن يساق المشبوهون فيها إلى أماكن الاحتجاز التي يعزلون فيها عن الاتصال بآخرين يرجون عونهم كالأصدقاء والمحامين، وأن يقرروا بالجريمة في إطار ضغوط نفسية محسوبة يصيبها رجال الشرطة على عقولهم، ويعطلون بها إرادتهم؛ فإن ذلك لا يجوز بيقين في دول تعطي للمستور القيمة الأعلى، ولا تقبل محاكمها بالتالي تعذيباً عقابياً أو بدنياً يكون من ثماره، الإقرار بالجريمة التي تفصل فيها.

ذلك أن ترويعهم يتمحض تخويفاً ورهبة يعينها رجال الشرطة في أنفسهم. فلا يكون أمامهم من خيار غير الإقرار بالجريمة<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالتالي أن يكون لهم حق كامل في سماع أقوالهم أمام قاضٍ، وبالحق في أن تنبيههم الشرطة إلى الحقوق التي يكفلها الدستور لهم، والتي يدرج تحتها الحصول على عون من أصدقائهم ومحامينهم. بل إن الأجواء التي تتصل بالاحتجاز، لا يجتثها من منابها غير حضور محامينهم حتى يقدموا لهم يد العون التي يحتاجونها في شدتهم، وحتى تظل حريتهم في الخيار بين صمتهم عن كل قول يتعلق بالجريمة، وحديثهم عنها، كاملة غير منقوصة خلال فترة استجوابهم.

فضلاً عن أن احتمال لجوء الشرطة إلى وسائل القهر غير المعلنة، يتضائل إلى حد كبير مع وجود المحامين. فإذا تعرض موكلوهم لهذا القهر، شهد محاموهم بذلك أمام أية جهة يعينها معرفة حقيقة ما تم. ويكفل حضور المحامين كذلك عدم تحريف الشهادة التي يدلي موكلوهم بها في مرحلة التحقيق، وصحة ما تعتمد عليه سلطة الاتهام من أجزائها، فلا يتصور تشويهها.

(١) Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

(٢) Watts v. Indiana, 338 U.S.49 (1949); J.Wigmore, A treatize on the Anglo-American System of Evidence, 3d edition (1940).

### المطلب الرابع

#### تطور مفهوم الإقرار بالجريمة

٨٠٤- ثم حدث تطور آخر في مفهوم الإقرار بالجريمة من ناحيتين:

أولاهما: القول بأن الوسائل غير الملائمة لانتزاع هذا الإقرار، تحطم الإرادة، أو تحملها قهرا علي ما يناقض حريتها؛ هو الوجه المقابل للقول بأن الإقرار بالجريمة يعتبر صادرا عن إرادة حرة إذا لم تكن وسائل الشرطة في التحقيق، تدل علي عذائيتها أو تحمل معها من المخاطر ما يدل علي أن الإقرار بالجريمة لا يعبر عن الحقيقة<sup>(١)</sup>.

وفي ذلك تركيز علي النتيجة التي أفضى إليها استعمال هذه الوسائل. وليس علي هذه الوسائل في ذاتها، خاصة وأن هذه النتيجة تتأثر بكافة العوامل التي تحيط باستجواب المتهمين كمسئهم، ودرجة نكالتهم، وقدر تطييمهم، وماضيتهم في الجريمة، وعدم تقديم الطعام لهم بصورة منتظمة، وحجبهم عن الاتصال بنويعهم أو بأصدقائهم، واستعمال مظاهر القوة قبلهم أو التهديد بها.

وجميعها عوامل تنتظر إليها المحاكم في مجموعها، ولا تعتد بواحد منها فقط، مما جعل معيار الإقرار الحر بالجريمة، غير موحد فيما بينها، بالنظر إلي اختلافها في الأهمية التي تعطيلها لبعض هذه العوامل.

ثانيتهما: التمييز بين تحقيق تجربة الشرطة في مرحلة اشتباهاها في شخص معين بوصفه ضالعا في الجريمة، وبين تحقيق تتواله في مرحلة الاتهام بالجريمة.

ذلك أن كل إقرار تحصل عليه للشرطة من المتهم بعد اتهامه بالجريمة، يعتبر باطلا إذا تم في غير حضور محامي، بالنظر إلى ما هو مقرر من أن الاتهام بالجريمة تليه بالضرورة محاكمة المتهم عنها أمام محكمة محايدة مفتوحة جلساتها للكافة، وتحيطها كل ضمانات إجرائية ينطلبها القانون.

وإذ كان حضور محامي المتهم، يعد مفترضا أوليا في مرحلة الاتهام هذه، وحتى الفصل فيه؛ فإن حضوره كذلك يكون واجبا من باب أولي في كل تحقيق تجريه للشرطة بعد الاتهام

(١) Developments in the law- Confessions, 79 Harvard law Review. 935, 954- 59 (1966).

وخارج قاعة المحكمة. إذ هو تحقيق غير قضائي Extra-judicial proceedings لا يجوز أن يتم بغير حضور محاميه<sup>(١)</sup>، وإلا بطل إقراره بالجريمة، ولو صدر عن إرادة حرة.

### وهو ما نراه صائباً من الأوجه الآتية:

١. أن حضور المحامي يكون واجباً في الأصل ليس فقط أثناء المحاكمة وبعد الاتهام، بل كذلك في كل المراحل السابقة عليهما كلما كان حضوره فيها، مؤثراً في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية.

٢. أن حق المتهم في الحصول على مشورة محاميه، يفقد بالضرورة كل قيمة، إذا كان مصير المتهم قد تحدد سلفاً من خلال التحقيق السابق على المحاكمة.

٣. القول بأن الذين تتور في شأنهم شبهة إتيان الجريمة، كثيراً ما يعترفون بها خلال الفترة بين القبض عليهم واتهامهم، وأن اعترافاتهم هذه ستقل بالضرورة إذا كان حضور محامين معهم واجباً في مرحلة ما قبل المحاكمة؛ يؤيد الطبيعة الحرجة لهذه المرحلة، بما يحتم حضور محامين عنهم ومعهم أكتامها.

فتمت علاقة وثيقة بين حرص الشرطة في هذه المرحلة على الحصول على إقرار بالجريمة ممن تتور قبلهم شبهة ارتكابها؛ وبين ضرورة حصولهم في هذه المرحلة ذاتها على عون محامينهم.

٤. أن الحقائق التاريخية قديمها وحديثها، تؤكد القول بأن النظم الجنائية التي تعتمد في سعيها لمكافحة الجريمة على إقرار المشبوهين بها، هي في واقعها نظم تختصر الطريق إلى إدانتهم. فضلاً عن أن هذه النظم، تكون أقل إنصافاً، وأكثر مدعاة لإساءة استعمال السلطة، وتفتقد في النهاية مصداقيتها، لتتكلم عليها نظم غيرها تركز اعتمادها على الأدلة الخارجية التي يتم الحصول عليها من خلال مهارة المحققين وخبرتهم العملية.

٥. تنهار أعمدة النظم الجنائية كلما ارتبط بقاؤها وقايعيتها بتخلي المواطنين بخير وعي منهم عن الحقوق التي كفلها الدستور لهم، كالحق في أن يظلوا صامتين، فلا يبلون بإقرار عن جريمة تتور شبهة ارتكابهم لها. ذلك أن ضمان هذه الحقوق أولى من إهدارها. والإصرار عليها مقدم على محاولة التخلص منها من خلال نظم جنائية لا تعنيها هذه الحقوق أكثر من حرصها على ملاحقة الجناة المحتملين.

(١) Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1946).

٦. أن الحق في الحصول علي عون محام، يكون واجبا حتى في مرحلة التحقيق، كلما تحول التحقيق من اجتهد لمحاولة حل غموض جريمة لازال مرتكبها مجهولا، إلي التركيز علي شخص معين تحتجزه الشرطة لديها باعتباره مشتبها فيه، وتطرده بأستنتاجها لإجباره حتى يقر بالجريمة، غير عابئة في ذلك كله بطلبه حضور محاميه، بل ورفضها لهذا الطلب، ومثابرتها علي التحقيق دون أن تبصره بحقه في أن يظل صامتا.

ولا يعني ذلك تعطيل حق الشرطة في الحصول من أقوال الشهود ومن خلال تحقيقاتها، وكذلك من غيرها من المصادر، علي الأدلة التي تعينها علي حل غموض جريمة قائمة، ذلك أن ما هو محظور عليها، هو أن تنتقل من مرحلة التحقيق إلي مرحلة الاتهام من خلال تركيزها علي شخص معين بقصد الحصول علي إقراره بالجريمة<sup>(١)</sup>.

٧. أن مجرد اجتياز الأشخاص الذين تتور في شأنهم شبهة ارتكابهم الجريمة، وإحاطتهم بأجواء خائفة تسيطر الشرطة عليها، وينزلون فيها عن الاتصال بالآخرين، بشكل ضغوطا نفسية شديدة وطلتها عليهم، ومألها في النهاية الإقرار بالجريمة حملا وقهرا، فلا يكون هذا الإقرار حراً. خاصة وأن الاحتجاز يتم في مكان خاص مطلق. وخصوصية المكان تعني سرية ما يدور فيه. ويتعامل رجال الشرطة مع المشبوهين بوصفهم متنبئين، ويركزون اهتمامهم علي بعض التفاصيل التي تحيط بالجريمة، وليس علي نسبتها إلي من يشتبهون فيه. ذلك أنهم يفترضون ارتكابهم لها، ولا يحفلون بغير تقصي دوافعهم للوقوع فيها. ويحرصون كذلك علي تضليلهم من خلال التقليل من شأن الجريمة التي نسبوها إليهم، ويتخذون لذلك طرق مختلفة من بينها إلقاء اللوم علي ضحية الجريمة، أو علي الجماعة كلها التي لم توفر لهم فرص العمل، أو الحياة الآمنة، أو الطفولة الهادئة، أو الظروف الملائمة للحياة.

وهم بذلك يضعون من يشتبهون فيهم في أجواء نفسية لا يستهدفون بها غير الحصول علي تفاصيل الجريمة التي قطعوا من قبل بأنهم مقلروها. فلن أخفقوا في الحصول منهم علي هذه التفاصيل؛ فلن مودتهم الظاهرة تتحول إلي موجة عنوانية يعملون من خلالها علي انتزاع إقرار بالجريمة، ولو بطرق الخداع كإيهامهم المشتبه فيه، بأن أحد شركائه في الجريمة قد أقر بارتكابه لها.

٨٠٥- تلك صور لرجال الشرطة في ممارستهم اليومية في التحقيق مع مشبوهين يحتجزونهم لديهم، ويوجدون معهم منفردين، ومعرضين لضغوطهم بما يقوض إرادتهم

(١) Hopt v. Uta, 110 U.S. 574 (1884); Mc Nabb. v. United States, 318 U.S. 332 (1943); Anderson v. United States, 318 U.S. 350 (1943); Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964).

Self-control essential to make a confession voluntary. فلا يردون بأقوالهم غير تصور رجال الشرطة للجريمة. بل إنهم يفصلون وأقنعتهم وفق صورتها في أذهان الشرطة الذين يترعون في أسئلتهم معهم بقدر كبير من الصبر والإصرار، ويحرصون على أن تكون أسئلتهم متتابعة حلقاتها، ترهقهم بقلتها، ويتوجهها للحصول على إقرار بالجريمة<sup>(١)</sup>.

إذا أخفقوا في ذلك، لجأوا إلى صور من الخداع والتحايل والتضليل كأعطائهم مشورة قانونية زائفة. وهم بذلك يخلون بتوازنهم، ويعمدون إلى إخافتهم وإزعاجهم بما ينتظرهم من مصير.

ويتعاملون مع ضعفهم الناجم عن عزلهم عن الاتصال بالآخرين detention Incommunicado. بما يقيد حريتهم بصورة كبيرة. فلا تكون أجواء التحقيق غير محض ضرور يواجها المشتبه فيهم ولا يستطيعون دفعها<sup>(٢)</sup>.

ولا يتصور في إطار هذه الأجواء التي تحيط بهم، والتي لا تألوا، وتتسم من كافة جوانبها بمظاهر العداء، أن تصدر عنهم إرادة حرة. بل إن حملهم على الإقرار بالجريمة هو الأكثر احتمالاً، خاصة وأن ما يتوخاه المحققون من إحباطهم بتلك الأجواء الضاغطة، هو إخضاعهم لإرادتهم. وليس ذلك إلا قهراً مطوياً، لا يقل في أثره شأناً، عما يكون من صور القهر ملدداً.

كلاهما ينال من كرامتهم ويعطل إرادتهم، ليكون القهر والحمل على الإقرار بالجريمة، عنصرين كامنين في أجواء الاحتجاز ومحيطها الخائف. وهو ما يتمحض حملاً على الشهادة بما يديهم، وينالض الحق في صون خواص حياتهم، والحق في احترامهم وضمن تكامل شخصيتهم، وتحقيق التوازن من جهة بين الأفراد في ضعفهم، وبين الدولة المتسلطة من جهة أخرى والتي لا يجوز لها في مجال تطبيقها لخصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية، أن تحصل على دليل يربطهم بالجريمة التي تدعواها، ما لم يكن هذا الدليل ناجماً عن جهدها المشروع، وليس مكتسباً من أفواه أفراد حملوا على النطق بما لا يريدون.

خاصة وأن قهراً إرادتهم يتم بوسائل تخفيها الشرطة، ولا تعلن عنها، لضمان سريتها. فلا يكون احتجازهم واستجوابهم إلا قرين الإكراه على الشهادة التي لا يريدون النطق بها، والتي يحملهم عليها -فضلاً عن الأجواء البيئية التي تحيط بهم في أماكن الاحتجاز- تخوفهم

(١) Ziang Sun Wan v. United States, 266 U.S. 1, 14 - 15 (1924).

(٢) Mc Nabb v. United States, 318 U.S. 332, 343 (1943); Mallory v. United States, 354 U.S. 449, 452 - 53 (1957).

من رجال الشرطة أنفسهم المتأهين لاستعمال القوة عند الضرورة، فلا يكون أمام المستهدفين بالتحقيق، من خيار غير الإقرار بالجريمة.

ولا كذلك أن يكون محاموهم معهم، ييثون الاطمئنان في نفوسهم، ويعينونهم على التخلص من خوفهم، فلا يقرون بخير ما يريدون.

### المطلب الخامس

#### حقوق المشبوهين قبل بدء التحقيق

٨١٧- ويتعين بالتالي، وقبل بدء التحقيق، أن يخطرهم المحققون بلغة واضحة لا لبس فيها ولا التواء، بأن من حقهم أن يظلوا صامتين. ذلك أن هذا التحذير يعتبر شرطاً جوهرياً لاحتماء مغاوفهم. ويشترط أن يقرن هذا التحذير -رمواده أن من حقهم أن يظلوا صامتين- بإفهامهم أن ما ينطقون به بعد توجيهه، قد يؤخذ ضدهم كدليل.

وهو ما ينبههم إلى عدد من الحقوق:

أولها: أن من حقهم الامتناع عن الشهادة التي لا يرغبون في الإدلاء بها.

ثانيها: أنهم إن اختاروا النطق بها، فإن عليهم تحمل نتائجها.

ثالثها: أن حقهم في ألا يقرروا بالجريمة، بخولهم رفض الإجابة على الأسئلة التي يوجهها إليهم رجال الشرطة أو غيرهم من القائمين على تنفيذ القانون، فإذا أصر هؤلاء على توجيهها إليهم ولم يقطعوها إذا كانوا قد بدعوا فيها، فإن أية أقوال يدلون بها بعد تمسكهم بأن يظلوا صامتين، تعتبر ولقمة في إطار لوضع الاحتجاز بقصوتها وضغوطها In custody- interrogation. ولا يجوز بالتالي التعميل عليها. إذ يفترض صدورها في إطار إكراه لا تتحرر به الإرادة من عوامل التأثير فيها Constrained choice. ذلك أن نزول الأشخاص عن حقهم في ألا يدينوا أنفسهم بأنفسهم، لا يجوز أن يفترض، ولا أن ينتزع الدليل عليه، ولا أن يكون هذا الدليل متهافناً<sup>(١)</sup>، وإما يتم التحقق من النزول عن الحقوق التي كفلها للمستور وفق شروط ضيقه لها من شدتها ما ينفي النزول عنها بغير دليل قطعي.

ولا يجوز بالتالي القول بنزول المشبوه عن الحق في حضور محاميه، ما لم يكن قد عرض عليه محام للدفاع عن موقفه، ولكنه أثر مختاراً، ومدركا، أن يرفض هذا العرض. وتعتبر طول مدة استجوابه، وانقطاع وسائل اتصاله بالآخرين في إطار احتجازه، دليلاً قوياً

(١) Culombe v. connecticut, 367 U.S. 568 (1961) at 602.

على أنه لم ينزل عن الحق في ألا يتكلم بغير حضور محاميه. وهو ما يتحقق كذلك إذا قام الدليل على أنه هدد أو خدع. لا فارق في ذلك بين بيان يعتبر اعترافاً كاملاً ومباشراً بالجريمة، وبين إقرار يتعلق بأحد عناصرها أو ببعض أجزائها. ذلك أن حظر الشهادة التي يدلي للشخص بها قهراً ليدان بسببها، يشمل كل صور تجريم الشخص لنفسه بغض النظر عن درجتها.

ولا فارق كذلك بين إقرار بالجريمة ينسبها المقر لنفسه In-culpatory Statement، وبين إقرار بها ينسبها إلى غيره<sup>(١)</sup> Exculpatory Statement.

ذلك أن الإقرار الأخير كثيراً ما يتخذ دليلاً على عدم صدق الأقوال التي أدلى بها، وأن إلقاء التهمة على غيره لا يتوخي غير نفي تورطه في جريمة هو مسئول عنها.

### المطلب السادس

#### التحقيق في مرحلة الاحتجاز

٨٠٧- وكلما احتجز شخص في أحد مخافر الشرطة أو في غير ذلك من الأماكن التي تنقيد فيها حريته الشخصية، فإن إقراره بالجريمة يتعين أن يؤخذ بقدر كبير من الحذر. ذلك أن كل تحقيق في مرحلة الاحتجاز، يحرك النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية، فلا يكون نظاماً تقبيحياً على أي وجه أو في أية صورة. فالإقرار بالجريمة في مرحلة التحقيق وإن دل على أن المقر بالجريمة قد ارتكبها إذا كان إقراره إرادياً، إلا أن كل إقرار بالجريمة يتعين أن تعامله المحكمة بأكبر قدر من الصرامة. ذلك أنه وإن قيل بأن من المفترض ألا يقر الإنسان بارتكابه لجريمة ما لم يكن قد دخل فيها فعلاً حتى لا يعرض للخطر حريته أو مصالحه الجوهرية، إلا أن هذا الافتراض يسقط إذا كان الإقرار بالجريمة ثمرة إغواء أو نتائج تهديد صدر عن أحد القائمين بتنفيذ القانون، مستغلاً في ذلك آمال المشبوه في الحرية، ومخاوفه من تعقيد ما. فلا تنهياً بالأجواء التي يتم التحقيق فيها في هاتين الحالتين، الظروف المواتية التي يمكن معها القول بأن المشبوه كان واعياً بحقيقة ما يفعل، ومتركباً دلالة إقراره بالجريمة<sup>(٢)</sup>.

(١) لم تتطور في الولايات المتحدة الأمريكية القاعدة التي تمنع قبول اعتراف المكره في المحكمة قبل القرن الثامن عشر. أما قبل ذلك فكانت المحاكم تقبل حتى الاعترافات الناجمة عن التعذيب

J. Wigmore, A treatise on the anglo- american system of evidenceΣ B 23 (3d ed) 1940.

(٢) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

ولا يعتبر ذلك تعطيلاً لدور رجال تنفيذ القانون في مكافحة الجريمة، إذ يظل بوسعهم الحصول على المعلومات اللازمة في شأن الجريمة التي يحققونها إما من مسرح الجريمة ذاتها، ومن الظروف التي تلبسها؛ وإما من أشخاص غير مقيدة حريتهم، معتمدين في ذلك على مهارتهم وخبراتهم.

وعلى ضوء المفاهيم المتقدم بيانها، يبطل كل إقرار بالجريمة صدر بعد تأخير غير مبرر Unnecessary delay في تقديم المشبوه لطاير العرض بعد القبض عليه<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن التحقيق في مرحلة احتجاز المشبوه وإن كان ضرورياً لتحديد ظروف الجريمة ومرتكبها، إلا أن استجواب المشبوه لا يجوز إذا تم في ظروف تعطل إرادة الاختيار عنده، فلا يفاضل وأصيا بين الإقرار بالجريمة وبين ألا يجرم نفسه بنفسه. وما الإقرار بالجريمة إلا حالة عقلية يتعين أن تصفو من كل تأثير، وإلا كان هذا الإقرار قرين الإكراه. وهو إكراه يفترض في حق المشبوهين، ليس فقط من خلال تعذيبهم، وإنما كذلك عن طريق وسائل تكتيكية تحقق كامل آثاره، كالاستجواب المتواصل من قبل رجال شرطة مدربين يواصلون أسئلتهم التي يوجهونها إلى المشبوه، بطريقة لا انقطاع فيها، وهو في أيديهم يتخوف من بطشهم به إذا ظل صامتاً، فلا يكون إقراره بالجريمة غير النتيجة الحتمية لظروف الاحتجاز. ويتعين في هذا الصدد أن يلاحظ ما يأتي:

أولاً: أن النصيحة التي يقدمها المحامي لموكله بأن، ألا يدلي ببيان أو يرد على سؤال يتعلق بالقضية، قبل أن يتولى هو دراستها؛ لا يناقض حكم القانون. ذلك أن المحامين لا يتوخون غير تأمين مصالح موكلهم وفق علمهم، ويأقصى ما تأذن به قدراتهم<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن ما هو محظور على رجال الشرطة أن يتخذوه قبل القبض عليه أثناء توقيده حريته، ليس فقط تلك الأسئلة الصريحة التي يوجهونها إليه في أجواء الاحتجاز التي تؤثر في

(١) Upshow v. United States, 335 U.S. 410 (1948).

ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لم تحدد المدة التي يعتبر فيها هذا التأخير غير مبرر، إلا أن الكونجرس حدد أقصى هذه المدة بست ساعات بعد التحقيق.

(٢) ومن بين وسائل الاقناع هذه أن يوجه رجل الشرطة حديثه إلى المشتبه في قتله لفتاة بعد خطفها، والتي لم يشعر على أثر لجنتها، أن حكم الدين يقتضي أن تكف هذه الفتاة بطريقة ملائمة، وألا تظل جثتها في المراء نهبا للطيور الجارحة تتهشأ. فإذا كان رجل الشرطة يعلم أن المتهم عميق الدين، وأنه تمسكه بعدم الحديث في غير حضور محاميه، فلن توجيه الحديث إليه على النحو المتقدم لاستثارة مشاعره الدنيوية، يعتبر من وسائل الاقناع غير المسموح بها. فإذا أرشدتهم المشتبه فيه بعد ذلك عن جثتها، فإن ذلك لا يعتبر دليلاً ضده.

إرادته إلي حد كبير، وإنما كذلك وسائل الإقناع المختلفة التي يرمون بها إلي انتزاع الإقرار بالجريمة في محيط الاحتجاز الخلق Custodial Setting، ولو لم ترق إلي حد الأسئلة المباشرة، بشرط أن تكون وسائل الإقناع هذه، لها قدر من التأثير علي إرادة المقر بالجريمة، ولو تم هذا التأثير من خلال أقوال أو أفعال يدلي بها رجال الشرطة أو يشاركونها في مواجهة المشبوه، كلما كان ينبغي عليهم عقلا أن يدركوا قدر تأثيرها في إرادة المقر، وأيا كانت دواياهم بشأنها<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن أجواء الاحتجاز التي تحيط للشرطة بها المعتقل لديها، والتي تتوافر بها عوامل الضغط التي تؤثر في إرادته، وتحمله علي أن يقر بجريمة ما كان ليشهد بارتكابها في ظروف مختلفة، لا يجوز خلطها بالأحوال التي يكون فيها المعتقل متولجداً مع آخر في مكان احتجازه، ويتبادلان حواراً ودياً بينهما يقوم علي اطمئنانهما لبعض. ذلك أن تواجدهما معا بعيدا عن سطوة للشرطة وقسوتها، يبدد مخاوفهما. فإذا أثر أحدهما لتثنيهما بالجريمة التي ارتكبتها، فإن هذا الإقرار يجوز أن يؤخذ دليلاً ضده، ولو لم يكن المقر يعلم أن من اطمأن إليه ووثق فيه، عميل للشرطة تخفي وراء شخصية أخرى<sup>(٢)</sup>.

وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن المقر بالجريمة ما كان ليذلي بحديثه عنها إلي الشخص الآخر، لو كان يعلم حقيقة أمره. وإنما هي أعمال خداع Deception. وجهها عميل الشرطة بمهارة، متوخيا بها انتزاع هذا الإقرار Manipulation فلا يكون الإقرار بالجريمة غير نتاج هذا الإقناع.

#### المطلب السابع

##### جواز الاستثناء من ضوابط الإقرار بالجريمة

٨٠٨- علي أن القيود المنتزعة جميعها، لا يجوز تطبيقها بطريقة جامدة صماء. إذ لا محل لتطبيقها كلما دل الحال علي أن ظروفًا ضاغطة تقتضي التحلل منها من أجل توقي مخاطر الإضرار بالسلامة العامة Public Safety.

ويفترض هذا الاستثناء، ضرورة التمييز بين نوعيتين من الأسئلة التي توجهها للشرطة إلي المقبوض عليهم من المشبوهين.

(١) Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1920).

(٢) Hoffa v. United States, 385 U.S. 293 (1966).

أولاهما: أسئلة غايتها إدانتهم بالجريمة Ascertaining the suspect's guilt. وهذه لا يجوز توجيهها إليهم إلا بعد تعريفهم بالحق في أن يظلوا صامتين؛ وأن الأقوال التي يدلون بها يجوز أن تؤخذ دليلاً عليهم أمام القضاء؛ وأن من حقهم الحصول على عون محام قبل أن يتكلموا.

ثانيتهما: أسئلة يجوز توجيهها إليهم دون تعريفهم بحقوقهم المشار إليها. وذلك كلما كان مدفعها توقي مخاطر قد يلحقونها برجال الشرطة أو بآخرين Protecting Public's safety.

وهو ما يتحقق على الأخص إذا هاجم نفر من المشبوهين، مكانا يتردد الناس عليه، ثم أخفوا الأسلحة التي استخدموها في تهديد المتواجدين فيه. ذلك أن مخاطر إطلاق نيرانها عليهم تظل قائمة إذا لم تطم الشرطة بمكان إخفائها. فإذا سألتهم عن هذا المكان توقيا للمخاطر التي قد تنجم عن احتمال استعمال هذه الأسلحة من جديد ضد من يصادفونهم من العابرين، فإن تأمين سلامتهم تكون هي المصلحة التي تريبو فلكتتها على مصلحة المقبوض عليهم في ألا يدلوا بأنفسهم بشهادة قد تدينهم<sup>(١)</sup>.

وقد انتقد بعض القضاء تقرير هذا الاستثناء، وقرروا أن الأقوال التي يدلي المشبوهون بها عن مكان إخفاء أسلحتهم، مساوية في الأكثر لأقوالهم التي يدلون بها في أجواء الاحتجاز، لأنها تدينهم في الحالتين بالمخالفة للمستور. ويتعين أن يطبق في شأنها حكم الدستور، وإبطالها بالتالي لانتهاكها على حمل المشبوهين على الإقرار بما لا يريدون<sup>(٢)</sup>.

The privilege against self-incrimination

### المطلب الثامن

#### الحقوق التي لم يلفت نظر المشبوه إليها

٨٠٩- وينبغي أن يلاحظ كذلك أن كل تحذير للمشبوه بأن يظل صامتا، وأن الأقوال التي يدلي بهاد قد تؤخذ دليلاً ضده أمام القضاء، وأن من حقه أن يحصل على عون محام إن أراد، لا يتوخى غير تهديد مظنة قهره على الشهادة التي قد يدان بسببها. فإن لم يتم تحذيره على النحو المتقدم، قام افتراض القهر على أداء هذه الشهادة، ويطل بالتالي كل دليل يكون من ثمارها The fruits.

(١) New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984).

(٢) انظر في الرأي المخالف لقضاء المحكمة في القضية المشار إليها، آراء كل القضاة مارشال وستينس، وبريتان.

ولكن الأمر جد مختلف إذا أغفل رجال الشرطة ابتداء تحذيره علي النحو المتقدم، ثم عادوا إلي تنبيهه إلي الحقوق التي يملكها وفقا لل دستور. ذلك أنه بينما يبطل كل دليل تأتي من الأكوال التي أدلي بها قبل تحذيره، فإن تنبيهه من جديد إلي حقوقه الدستورية، بخوله أن يقر بالجريمة أو ألا يقر بها دون ما مضط أو إكراه من القائمين بالتحقيق. فإذا اختار أن يقر بالجريمة في غير حضور محاميه، تعين أن يكون هذا الإقرار إدلريا وقاطعاً في دلالته، ومنطويا كذلك علي اختياره إسقاط حقّه في الحصول علي مشورة محام يعينه علي أمره، ويوجهه إلي الطريق الأفضل لدعم موقفه<sup>(١)</sup>.

### المطلب التاسع

#### آثار التحصل غير المشروع علي الدليل

٨١٠- وكلما تم للتحصل علي دليل بطريق غير مشروع، فإن هذا الدليل لا يجوز استخدامه ضد المتهم، ولو أدلي الشهود الذين أتي بهم بشهادة مزورة Perjury statement. ذلك أن تزوير هذه الشهادة، لا يسوغ اعتماد النيابة العامة علي دليل كان أصلاً باطلاً. فضلاً عن أن اعتمادها علي الدليل الباطل لمجرد أن شهود الدفاع كلهم أو بعضهم، كانوا مزورين، مؤداه تخفيفهم من الشهادة وحملهم علي الدخول عنها لاحتمال تعارضها سرلو في بعض جزئياتها- مع الدليل الباطل. وقد يتردد شهود الدفاع -لمجرد تخوفهم من أن تتخذ الشهادة التي يدلون بها، موطنًا لتجريمهم، ولو كان هدفهم مجرد إظهار الحقيقة- في المنول أمام هيئة المحلفين، وتقديم الأدلة الدافية لجريمة المتهم. فلا تبدو للحقيقة كاملة أو واضحة أمام هذه الهيئة.

كذلك فإن اعتماد الدليل الباطل إذا أدلي شهود الدفاع بشهادة مزورة، مؤداه أن تبذل النيابة جهداً، لإيقاعهم من خلال أسئلتها المتلاحقة أو المعقدة، التي قد يجيبون عنها زوراً بناء علي سوء فهمهم لها أو خطئهم في تقدير عواقبها.

وأخيراً فإن الشهادة الزور لا تخول أحداً مقابلتها بالدليل الباطل لإظهار نواحي اختلافها مع هذا الدليل. لأن في ذلك إعمالاً لآثره بالمخالفة للدستور.

وإذا قيل بأن المحاكمة الجنائية لا تتم علي الوجه الأكمل إلا إذا أحاطها ضوء الحقيقة، إلا أن الحقيقة التي يعكسها في هذا المقام، هي الحقيقة القانونية التي تحدد الأدلة التي يجوز

(١) Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985).

قبولها، وتلك التي يجب قمعها The suppression of evidence لمخالفة طريقة جمعها  
للمستور<sup>(١)</sup>.

---

(١) James v. Illinois, 493 U.S. 307 (1990).

### الفصل السابع

#### المحاكمة الجنائية المنصفة

##### المبحث الأول

##### لتدابير التي يجوز اتخاذها في مرحلة ما قبل المحاكمة

٨١١- تعمل السلطة جاهدة على إيقاع المذنبين في يد العدالة، وهي تتخذ قبل محاكمتهم تدابير مختلفة تتفيا بها معرفتهم، كالوسائل العلمية المنهجية التي تطبقها العثور على بصماتهم وتطيل دمائهم وفحص ما تركوه في مسرح الجريمة من آثار كدأة القتل، وما نطقوا به أثناء ارتكابها، وطريقة تصرفهم التي شوهوا عليها، وملامح وجوههم ولو أخفوها وراء قناع. وهي تعتبر هذه للتدابير جميعها -رأبها من طبيعة علمية- مجرد مراحل تحضيرية غايتها القبض على الجناة الفارين، ولو غيروا من مظهرهم لتضليل العدالة حتى لا تجد طريقها إليهم.

وليس أمام القائلين على تنفيذ القانون بالتالي غير رصد المشبهين وتعتيقهم للقبض عليهم. ويفترض ذلك تحديد شخصياتهم، من خلال تدابير علمية يتخونها، كتطيل دمائهم في مسرح الجريمة وألوانهم التي ارتكبوها بها، وحصر بصماتهم ورفعها وضبط ألفتهم التي خلفوها، وأجزاء ملابسهم التي انتزعتها أنظار ضحيثهم، وبعض ملابسهم التي أخفوها.

وهذه الوسائل العلمية تسهل دائما مناقشتها وبحض كل دليل تأتي منها. ذلك أن التقنية العلمية معروفة أنواتها، ومعلوماتها متاحة بصورة كافية لحد غير قليل من المعنيين بها. والمغايرة في مناهجها محدودة، والمعامين مواجهتها بصورة جادة بعد توجيه الاتهام. ولا يحتاجون بالتالي إلى المثل مع موكلهم في مرحلة ما قبل المحاكمة التي تتم فيها هذه التحاليل العلمية. ذلك أنهم يستطيعون للتكابل على عكسها أمام المحكمة من خلال خبراء يستقدمونهم، ويعرضون عليهم هذه التحاليل، ويطلبون منهم إيداء رأيهم فيها. فإذا أثار هؤلاء شوكا خطيرة حول صحتها، لم يجز الاعتماد على نتيجتها.

ولا كذلك المرحلة الحرجة السابقة على المحاكمة والتي تقوم على رصن المشبهين الذين يعتقد بإسماهم في الجريمة -في طابور عرض Identification Parade. مع آخرين لا شأن لهم بالجريمة المدعى ارتكابها حتى إذا بصرو شهود عيانا أفراد هذا الطابور lineup، وكان من بينهم من رأوه على مسرحها، عرفوه إما لكلمة نطق بها، أو لطريقة مشي اختص بها، أو لملامح قاسية ظهر بها على مسرح الجريمة<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر في ذلك:

Neil v. Biggers, 409 U.S. 188 (1972); Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98 (1977).

وتبدو خطورة عرض المشبوهين مع غيرهم في طابور العرض، أن ضحية الجريمة -وعلى الأخص في جرائم العرض- قد يكون هو شاهدها الوحيد، فيحدد منفقاً وبصورة خاطئة، وعلى ضوء ثورة غضبه، أو لتهور يتسم به، شخصاً معيناً باعتباره مرتكبها.

وقد دل الإحصاء على أن تحديد شخصية المذنبين من خلال طابور العرض المتقدم، كان دائماً عملاً محفوفاً بالمخاطر، وكثيراً ما أساء إلى العدالة ذاتها من خلال إدانة أبرياء أقموا ظلماً في الجريمة نتيجة خطأ في الشهادة عليهم، خاصة وأن شهود العيان يختلفون فيما بينهم في حدة البصر، وعمق القيم الخلقية، وقوة الذاكرة أو وهنها، ودقة ملاحظاتهم أو عشوائيةيتها. وقد يتوهمون أشياء لا وجود لها، وإنما صورها لهم الخيال. وقد يجزمون بوقوع الجريمة، ويرويتهم لمرتكبها لئلاً وهم كاذبون. وقد يمسوونها تحاملاً إلى من يفضون.

كذلك فإن طريقة إعداد رجال الشرطة لطابور العرض، قد يكون لها أثر في توجيه شهود العيان، خاصة إذا أعقبتها ملاحظة أو كلمة أو إشارة موحية. فلا يختار شهود هذا العرض غير الشخص الموحى إليهم به -ولو كان بريئاً- ليساق إلى المحكمة بعدئذ بوصفه متهماً، وعلى الأخص إذا أشار إليه شهود العيان في مرحلة المحاكمة ذاتها، وقرروا أنه كان فاعلاً لا شريكاً في الجريمة.

وتدل التجربة على أن هؤلاء الشهود قلما يتراجعون عن رأيهم، ولو أدركوا خطأ في قرارة أنفسهم. وكلما أعد طابور العرض في غير حضور محام يمثل المشتبه فيه، فإن طريقة إعداده تكون سرا مطلقاً. ويتعذر على المحامين بالتالي -في إطار هذه الأوضاع- أن يقولوا على الكيفية التي تم بها اختيار المعروضين، ولا على طريقة صفهم، ولا أن يعيدوا بناء طابور العرض بالصورة التي تم بها.

وقد يواجه شهود العيان المشتبه فيه وحده، وليس من خلال طابور عرض يختلط فيه مع آخرين. ومخاطر الإيحاء واحدة في الحالتين.

وفي كثير من الأحوال لا يقدّر الشهود، مخاطر تعرفهم على الجناة، ولا يفتنون إلى الحيل التي توحى لهم بأشخاصهم. والمشبوهون أنفسهم لا يدركونها، ولا يبصرون وسائلها. ولم يدربوا على فهمها وقد تكثرها على هؤلاء الشهود<sup>(١)</sup> Suggestive Influences.

(١) Neil V. Biggers, 409 U.S., 188 (1972); Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98, 107 - 14 (1977).

٨١٢- كذلك فإن احتجاجهم أثناء المحاكمة على الطريقة التي تم بها إعداد طاوور العرض، أو مواجهتهم منفردين بشهود العيان، غالبا ما يكون عديم الفائدة.

ذلك أن المحلفين يقابلون بين كلماتهم وكلمة رجال الشرطة الذين نفترض حينئذ فيما أجروه.

ومن ثم يتحدد مصير المشبوهين بعد اتهامهم -لا من خلال المحاكمة ذاتها- وإما عن طريق المواجهة السابقة عليها بينهم وبين شهود العيان Pretrial Confrontation ؛ وبينهم وبين الدولة بأجهزتها لشرطية؛ وبينهم وبين المحلفين بعد أن حكم عليهم هؤلاء الشهود بأنهم الجناة، ولو كان الشهود حسني لقنية، وكانت الشرطة لم تعتد الأمور بجعلها الموحية.

ذلك أن مصير المتهمين بالجريمة قد تحدد سلفا في المرحلة الحرجة السابقة على اتهامهم Past indictment lineup، والتي لفتقدوا فيها عون محاميهم، شأن احتياجهم لهذا العون في هذه المرحلة الحرجة Critical stage شأن احتياجهم لمحاميهم أثناء المحاكمة.

بل إن حاجتهم إليهم في المرحلة الحرجة السابقة على محاكمتهم Out- of- Court lineups قد تكون أشد، لأنها تحمل في ثناياها عناصر إدانتهم بالجريمة<sup>(١)</sup>.

ويتعين أن يكون مفهومها أن المرحلة الحرجة التي يتعين حضور محام فيها، هي التي يجوز عقلاً اعتبارها جزءاً من المحاكمة ذاتها. ذلك أن عون المحامي إذا لم يقدم في هذه المرحلة، فإن جهده في تعزيز مركز موكله سيكون بالضرورة أقل من أن يكون كافيا<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالتالي أن يعمل المحامون في تلك المرحلة مع موكلهم، وأن يخطروا سلفا بعزم الشرطة على صفهم مع آخرين في طاوور العرض، ليكون حضور هؤلاء المحامين معهم شرطا لعرضهم على شهود الجريمة، إلا إذا أسقط المشبوهون حقهم في ذلك بإرادتهم الحرة. ولا يجوز أن يقال بأن حضور المحامين يعرقل مواجهة المشبوهين بشهود العيان.

ذلك أن هذا الحضور ظل مطلوبا في المحاكمة الجنائية ذاتها دون أن يرمي المحامون بتعطيل إجراءاتها. ومن غير المتصور أن يكون حضور المتهمين مع موكلهم في مرحلة ما قبل المحاكمة التي يواجهون فيها شهود الجريمة، محظرا تنفيذ القانون. ذلك أن وجودهم ينقيها من شوائبها ويكفل حصول النيابة العامة على أدلة للجريمة لم تتسرب إليها نقائص تسدها،

(١) United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967); Gilbert v. Colifornia, 388 U.S 263 (1967).

(٢) United States v. Ash, 314 U.S. 300 (1973).

ولا يعطل كذلك تقديم الجناة الحقيقيين إلى العدالة. وإنما يكون حضور المحامين مع المشبوهين في طابور العرض Show-ups الضمانة التي تكفل اتهام المذنبين وفق الدستور والقانون.

وتظهر خطورة عرض المشبوهين مع غيرهم في طابور واحد بضمهم، ودعوة شهود الجريمة لتحديد من يكون من بينهم مرتكباً لها، في أن تشخيصهم علي هذا النحو، يتوخي ربطهم بالجريمة أثناء محاكمتهم عنها بوصفهم مسئولين عن ارتكابها.

فإذا لم يكن لديهم محام أثناء عرضهم في هذا الطابور، فإن انتقاده للطريقة التي تم بها -وهو لا يعرفها- يكون غير مؤيد بنذيل.

ويتعين بالتالي أن يكون حضور المحامين مع موكلهم شرطاً مستورياً لجواز العرض حتى يقتوا على أسلوبه، وعلى مظاهر تأثير الشرطة علي شهود الجريمة، ما كان منها مقصوداً أو غير مقصود؛ وإلا اختل التوازن بين سلطة الاتهام في مجال اعتمادها -لأثناء المحاكمة- علي نتيجة طابور العرض، وبين المحامين في مجال نفي صحتها بعد أن حيل بينهم وبين حضوره، والنظر في كيفيته، ومظاهر التأثير فيه.

ويتوخي تحقيق هذا التوازن، أن يكون تشخيص شهود الجريمة لمرتكبها موضوعياً، وأن يكون تعرفهم عليهم أثناء المحاكمة قائماً علي مصدر مستقل An independent origin عن شهادتهم في طابور العرض إذا كان معيياً. ويدخل في تقدير ذلك مجموعة من العوامل أهمها ما إذا كان الشاهد قد تولفت لديه فعلاً، فرصة البصر بالجاني وقت الجريمة، ودرجة انتباه الشاهد وقت رؤيته للجاني، ومدى دقته في وصفه لملاحقه؛ وقدر تيقنه من الجاني وقت تعرفه عليه في الطابور؛ والفترة الزمنية المنقضية بين وقوع الجريمة، ومواجهة الشاهد للجاني؛ ووجه التناقض بين أقوال الشهود الذين تعرفوا عليه؛ والصورة التي أعطاهما المتهم لما تم فيه؛ وما إذا كان شخص آخر قد شهد الجريمة وشخص جنتها قبل عرضهم عليه؛ وما إذا كان تحديده هؤلاء الجناة قبل صفهم في طابور العرض، قد تم بعد عرض صورهم علي شهود الجريمة؛ وما إذا كان هؤلاء الشهود قد أخفقوا في هذا التحديد في مرحلة سابقة<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز أن تأخذ المحكمة بأحد هذه العوامل أو بعضها دون البعض الآخر. ذلك أن دلالتها لا تتحدد إلا على ضوء مجموع الظروف التي تحيطها. فإذا قام الدليل على أن الظروف التي أحاطت بالتعرف على المشبوه لها من واقعها ما يرجح تبيرها أو طرق الخلل

(١) Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967); Simmons v. United States, 390 U.S. 377 (1968); Foster v. California, 394 U.S. 440 (1969); Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

إليها بصورة جوهريّة *A Substantial likelihood of misidentification*، تعين عدم الاعتماد عليها<sup>(١)</sup> وعلى الأخص ما كان من هذه العوامل قائما على صور من الإيحاء بعثتها الشرطة في الشهود، ووجهتهم بها وجهة بذاتها تقنعهم بأن شخصا معينا هو من أتى الجريمة. ذلك أن حضور المحامين مع موكلهم لم يعد مقصوراً على تقديم العون لهم في مسائل القانون وحدها خاصة بعد تطور وسائل التحقيق ووجود الشرطة المنظمة التي تمرر معها الفصل بين ما يحكى واقعاً وما يدخل في مسائل للقانون<sup>(٢)</sup>.

٨١٣- وصار لازماً بالتالي أن نقرر أن تعيين شهود الجريمة للجنة الذين صنفهم الشرطة مع غيرهم في طابور عرض، يعتبر عملاً مخالفاً للمستور وباطلاً، كلما تم عرض المشبوهين في هذا الطابور في غير حضور محاميهم.

وإذا حدد شهود الجريمة من قارفوها على النحو المتقدم، فإن تعيينهم لمركبها يكون ثمة إجراء باطل. ويلحق هذا البطلان كذلك تعرفهم عليهم في قاعة المحاكمة، كلما قام الدليل على أن شهادتهم الجديدة، تبلور نتيجة العرض الباطل. وهي بعد قاعدة ينطبق حكمها ليس فقط على كل طابور لا يكون المشبوهون المعروضون فيه غير ممثلين بمحام عنهم، وإنما كذلك في كل مواجهة فردية بين المشتبه فيه في غير حضور محاميه؛ وبين شاهد عيان الجريمة.

*A face to face encounter between the witness and the suspect.*

٨١٤- علي أن الأوضاع الملحة التي يجد رجال الشرطة أنفسهم فيها، قد تقتضيهم أحيانا عرض المشتبه فيه -قبل حضور محاميه- علي من شاهد الجريمة. فلو أن شخصا طعن سيده طعنة نافذة في صدرها مما اضطرها إلي إجراء عملية خطيرة أفععتها في المستشفى، وكان رجال الشرطة في صراعهم مع عامل الوقت، وتصبوا لوفاء المجني عليها قبل عرضها علي المشتبه فيه، قد اصطحبوه إليها في مكان علاجها، وحصلوا منها علي ما يفيد أن من عرضوه عليها هو من طعنها. ثم شهد رجل الشرطة والمجني عليها بذلك أمام المحكمة، فإن تعرفها علي المشتبه فيه، يكون موافقا للمستور بالنظر إلي الأوضاع الملحة التي

(١) *Neil v. Biggers*, 409 U.S. 188 (1972).

(٢) ولا يكفى بالتالي أن يفت المتهم مع محليه في مرحلة المحاكمة، بل يتعين أن يتم ذلك في أية مرحلة من الاتهام رسمياً أو غير رسمي، داخل المحكمة أو خارجها كلما كان غياب المحامي مؤدياً إلى الاضرار بحق المتهم في محاكمة منصفة. ولا تظهر المحاكمة كذلك إذا أُضرب المشبوه في مرحلة ما قبل المحاكمة التي تؤثر في مصيره بدرجة خطيرة أو تجعل من المحاكمة ذاتها مجرد شكل بلا مضمون.

*Mere formality.*  
*United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967) at 226.

وجد رجال الشرطة أنفسهم فيها، خاصة وأن المجني عليها كانت هي الشخص الوحيد الذي أبصر الجاني، ولأنه ما كان يوسعها أن تعانين الجاني في مكان احتجازه بالشرطة، وذلك بالنظر إلى خطورة إصابتها التي قد تلقى حتفها بسببها، فلا تصل الشرطة قط إلى الجاني إذا لم تسمع فوراً قولها في المستشفى<sup>(١)</sup>.

---

(١) Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967).

المبحث الثانيالإفراج قبل المحاكمةPretrial Release

٨١٥- عادة ما يوفر النظام القضائي في الدولة للأشخاص الذين قبض عليهم وينتظرون صدور قرار الاتهام في شأن جرائمهم، فرصة الإفراج عنهم بوسائل مختلفة يندرج تحتها إطلاق الشرطة لسراحهم فوراً إذا كانت الجريمة التي ارتكبوها تلقية. فإذا كانت جريمتهم من الجرائم الخطيرة؛ وكان قرار الاتهام قد صدر؛ فإن الإفراج عنهم يكون بكفالة يقدمونها لإطلاق سراحهم حتى الفصل نهائياً في قضيتهم. بيد أن هذا الإفراج لا يجوز كلما كان تمييزاً وقائياً Preventive detention خوفاً من احتمال عبثهم بأدلة الجريمة، أو لتأثير في شهودها، أو بالنظر إلى خطورتهم التي يرجح معها احتمال ارتكابهم لجرائم جديدة إذا ما أطلق سراحهم، بما يهدد أمن مجتمعهم، أو يلحق مضار جسيمة بأشخاص بذواتهم يعمد هؤلاء المجرمون إلى تصفية حساباتهم معهم لضغائن قديمة، أو لوشايتهم بهم أو انقلاباً عليهم.

ويظل الحق في الإفراج عنهم قبل المحاكمة -حال انتفاء مخاطر- مشروطاً أصلاً بإمكان تقديمهم تأمينا يكفل ظهورهم أمام المحكمة إذا طلبتهم، وتنفيذ العقوبة المحكوم عليهم بها إذا أدبنوا بالجريمة<sup>(١)</sup>. ويعتبر هذا التأمين -مع جواز مصادرته حال الإخلال بشروطه- ضماناً إضافياً لحضورهم. وكلما جاوز مقدار هذا التأمين الحدود المنطقية التي تكفل الوفاء بمثلهم أمام المحكمة التي تستدعيهم وتنفيذ العقوبة التي تحكم بها عليهم، فإن مبلغها لا يكون معقولاً متوخياً تعجز المتهم عن دفعها، ومخالفاً للدستور بالتالي Excessive bail. وعلي المحكمة أو النيابة العامة بالتالي، أن تحدد مبلغها منظوراً في ذلك إلى كل حالة على حدة<sup>(٢)</sup>.

٨١٦- وعادة تحيط السلطة التشريعية الإفراج عن المتهمين قبل محاكمتهم بشروط ضيقة بالنظر إلى تصاعد عدد الجرائم التي يرتكبوها بعد إطلاق سراحهم، وحتى لا تفرج المحكمة أو النيابة عنهم إذا كانوا يمثلون خطراً حقيقياً على آخرين، فيما إذا قبلت كفالتهم.

وعلي ضوء هذه الشروط لا يجوز أن تقرر النيابة أو المحكمة حبس متهمين حبساً احتياطياً أو وقائياً، إلا بعد سماع أقوالهم. فإذا ظهر لها بعدئذ رجحان قرارهم من قبضتها فيما

(١) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, 4 (1951).

وفى هذه القضية، تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، إن الحق التقليدي في الحرية قبل الإدانة، يكفل الحق في الدفاع غير المعاق، وحظر توقيع عقوبة قبل الإدانة. وما لم يكفل المشرع الحق في الكفالة قبل الإدانة، فإن افتراض البراءة الذي تحصلنا عليه بعد قرون من النضال، يفتد مخاه.

(٢) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988) at 754.

أو أفرج عنهم، أو أن خطرا داهما قد يلحق آخرين من جراء ولوغهم في الإجرام بعد إطلاق سراحهم، فإن حبسهم احتياطيا يكون ضرورة لا مفر منها.

ولكل من هؤلاء بالتالي الحق في طلب محام يكون إلى جانبهم أثناء النظر في طلبهم الإخراج عنهم، وأن يأتي بشهوده، وأن يقدم ما يراه من الأدلة التي يحز بها موقفه، وأن يواجه شهود النيابة ويجرحهم.

ولا يجوز للنيابة أو للمحكمة أن ترفض طلبهم الإخراج عنهم، سواء بالنظر إلى خطورتهم أو لرجحان هروبهم، إلا بعد أن تكون ذلك في قرارها أو حكمها مؤيدا بأدلة واضحة ومقنعة. ولا يجوز كذلك النظر إلى سلطة الحبس الاحتياطي باعتبارها سلطة مطلقة، إذ هي مقيدة بأغراضها، وبالضرورة التي توجهها، وأهمها طبيعة ودرجة خطورة الجريمة التي ارتكبتها الجناة، وخلفيتهم، وخصائص تكوينهم، ومانعهم في الجريمة، ونزوعهم إليها، وقدرة الإصرار على اللوغ فيها. وعلى ضوء هذه العوامل تقرر النيابة أو المحكمة الإخراج عنهم، أو بقاءهم محبوسين احتياطيا.

وبمراعاة أن حق المتهمين في الحرية قبل إدانتهم، مؤداة استصحابهم الأصل فيهم، وهو لفرض برأتهم<sup>(١)</sup>.

إذا كان قرارها باستمرار حبسهم، تعين أن يكون طريق الطعن فيه استئنافيا مفتوحا. لذلك وحده ضمان موازنة الحرية بمصلحة الجماعة. ولأن صح القول -وهو صحيح- بأن حرمان الناس من حريتهم لا يجوز أن يتم على ضوء احتمال ارتكابهم مستقبلا لجريمة أيا كان نوعها؛ وأن مصائر الناس لا تحدها غير أفعالهم التي قارفوها بالمخالفة للقوانين الجزائية؛ إلا أن هذه القاعدة لا تصدق بالنسبة إلى شروط الإخراج عن المتهمين التي يضعها المشرع، والتي يحدد على ضوءها في صورة منطقية، قواعد الإخراج عن المحتجزين في السجون.

ذلك أن شرط الوسائل القانونية السليمة يكتل حماية الأشخاص في حرياتهم وأموالهم في مواجهة خطرين يتكاثران من السلطة وعمالها:

أحدهما من طبيعة موضوعية Substantive due process تمنعها من التدخل في حياة الأفراد وحرياتهم وأموالهم على نحو يصادم الضمير العام، أو يخل بالحقوق المندرجة ضمنها في إطار الحرية المنظمة.

(١) Stack v. Boyle. 342 U. S. 1 (1951).

وثانيتهما من طبيعة إجرائية لا يجوز بحثها قبل التحقق من توافر العناصر الموضوعية لشرط الوسائل القانونية السليمة.

بما مؤداه أن الوسائل القانونية التي تتوافر لها ضوابطها الموضوعية، تظل بحاجة إلى متطلباتها الإجرائية Procedural due process كشرط لسلامتها. ذلك أن تدخل السلطة في حياة الأشخاص أو في حرياتهم أو في أموالهم، لا يكون معقولاً ما لم يتم بطريقة منصفة In a fair manner. وغير صحيح ما يقال من أن الشروط الضيقة للإفراج عن المتهمين قبل محاكمتهم، تناقض الوسائل القانونية السليمة في جوانبها الموضوعية بالنظر إلى لطوائها علي عقوبة تفرض عليهم قبل إدانتهم.

ذلك أن قواعد هذا الإفراج من طبيعة تنظيمية وليس مضمونها عقابيا. فضلاً عن أن مجرد احتجاز بعض المتهمين في حبسهم، لا يدل بالضرورة علي قصد عقابهم. وإنما تتحدد الطبيعة التنظيمية أو العقابية لشروط الإفراج علي ضوء ما عناه المشرع بها وتوخاه منها. فكلما قام الدليل علي أن غرض المشرع من تنظيم معين، ليس عقابيا، وأن هذا التنظيم يتوخي أغراضا مختلفة، فإن هذه الأغراض وحدها هي التي يتعين التقيد بها كي ننظر بعيننا فيما إذا كان للقواعد التي يقوم عليها هذا التنظيم، صلة منطقية بالأغراض التي استهدفتها، أم أنها دخيلة عليها ولا تكفل تحقيق أهدافها<sup>(١)</sup>.

٨١٧- والذين من استقراء النصوص القانونية التي ينظم بها المشرع الإفراج عن المتهمين، أنها لا تتحصى عقابا للخطرين منهم. وإنما توخي للمشرع درء المخاطر التي قد تنجم عن إطلاق سراحهم. وتلك مصلحة اجتماعية ملحة لا نزاع فيها.

والأصل بذلك ألا يصدر لقرار بحبسهم احتياطيا إلا في الجرائم الخطيرة كجرائم الاتجار في المواد المخدرة أو الخطرة والجرائم التي تكون عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد- وبعد سماع أقوالهم، وألا يزج بهؤلاء المحبوسين مع الأشقياء المارقين، وإنما يعزلون عنهم في أماكن مستقلة قدر الإمكان.

(١) أخذ الحق في الكفالة للإفراج عن المتهم، من وثيقة إعلان الحقوق البريطانية. ولا يعنى هذا الحق وجوب الإفراج بكفالة في جميع الصور، ولكن فقط الحق في عدم المعاقبة في الكفالة في الأحوال التي يكون من الملائم منحها.

٨١٨- ويتعين في كل حال أن تكون مدة الحبس الاحتياطي محدودة، فلا يستطيع زمنها إلى حدود غير منطقية. ولا يتقرر الحبس الاحتياطي - ولو كان تشريعياً " واقعاً" في حدود معقولة - بغير رقابة قضائية.

٨١٩- ولا يجوز كذلك أن يقال بأن رفض الإفراج عن المتهمين هو إخلال بشرط الوسائل للقانونية السليمة في جوازها الموضوعية بما يقوم عليه هذا الشرط من عدم جواز تدخل السلطة في حرية الأشخاص وحبسهم احتياطياً قبل أن يصدر حكم بإدانتهم عن الجريمة التي اتهموا بها. ذلك أن السلطة بوسعها في بعض الأوضاع، أن تقيد من حرية الأشخاص قبل محاكمتهم وإدانتهم، أو حتى بدون محاكمة.

ولا شبهه في أن للدولة مصلحة محققة - مشروعة وقاهرة- في مكافحة الجريمة سواء كان المقبوض من اللابغين أو القصر، خاصة إذا كان هؤلاء قد ارتكبوا جرائم بالغة الخطورة، وكان راجحاً إقدامهم علي جرائم مثلها ضد مجتمعهم بعد الإفراج عنهم. ويتعين بالتالي لجواز الحبس الاحتياطي، أن تقدم سلطة الاتهام سبباً معقولاً للتدليل علي أن المتهمين قد ارتكبوا الجريمة التي نسبتها إليهم، وأن يتم سماع أقوالهم في إطار نظم اختصاصية بمعنى الكلمة، وأن تعمل النيابة فوق هذا علي إتناع الجهة القضائية للمحايدة، بأن الإفراج عنهم يمثل خطراً علي أمن الجماعة أو سلامة آخرين.

وتلك مصلحة تروى علي مصلحة الفرد في الحرية، وتتقضي من الدولة أن تبذل جهدها - ومن أجل مكافحة الجريمة- حتى تجرد من ينزعون إليها أو يقدمون عليها من أسلحتهم التي يهددون آخرين بها. ذلك أن مصلحة الجماعة في ضمان أمنها، تقتضيها فرض الاستقرار في إقليمها، ليس فقط في زمن التوتر والعصيان وإبان الأعمال الحربية، بل كذلك فيما وراءها إذا تطلبتها ضرورة مواجهة الخطرين الذين يعيشون بمصلحتها.

وفي إطار هذه الظروف، لا يكون الاحتجاز السابق علي المحاكمة، منافياً أصلاً قيم العدل الغائرة جنورها في ضمير الجماعة، والتي لا يجوز للتفريط فيها.

وليس احتمال نزوع المتهمين للخطرين إلي الجريمة مرة ثانية وانضمامهم فيها إذا ما أفرج عنهم، تنبؤاً مستحيلاً. كذلك انخراطهم مستقبلاً فيها ينبغي أن يكون احتمالاً راجحاً، وألا يتقرر بالتالي من فراغ، وإسناداً علي ضوء نظرة موضوعية تحققها الجهة للقضائية المحايدة التي تفصل في أمر إبقاء المتهمين محبوساً أو إطلاق سراحهم. وتتحقق هذه النظرة المحايدة - وعلى الأخص - كلما كان للمتهمين المحبوسين حق كامل في سماع أقوالهم، والشهادة بأنفسهم، وتقديم بيانات وأدلة لصالحهم، ومواجهة الشهود المناوئين لهم في مرحلة سماع أقوالهم هذه.

وتفصل الجهة القضائية المحايدة في كل ذلك على ضوء وزنها لطبيعة وخصائص الاتهام، والأوضاع التي تحيط بالجريمة وظروفها، والأدلة عليها، وسجل المتهم وقدر ميله إلى الإجرام، وما يمثل من خطر على الجماعة أو بعض أفرادها. وعلى هذه الجهة أن تأخذ ذلك كله في اعتبارها، وأن تقيم قرارها على عناصر ولقبة لها معنيها من الأوراق، وأن تؤيد قرارها باستمرار حبس المتهم بالأدلة المنطقية التي توازنه، وذلك كتابة.

٨٢٠- ولئن صح القول بأن الكفالة المغالي فيها تتلخص للمستور، إلا أن ما يقرره المستور المشرع من حدود منطقية لهذا التأمين، لا يتصل بضرورة الإفراج عن المتهمين الخطرين. وإنما يقتصر حكم للمستور على أمر الجهة القضائية المحايدة بآلا تقرر هذا التأمين -إذا ما خلص قرارها إلى ملاءمة لتضالته- بصورة مبالغ فيها. وليس في ذلك ما يلزمها بالإفراج عن المتهمين المقبوض عليهم جميعهم، في كافة ظروفهم، وعلى تباين أوضاع الجرائم التي ارتكبوها، سواء في طبيعتها، أو قدر خطورتها، أو استنفال آثارها، أو تداعي نتائجها<sup>(١)</sup>.

٨٢١- ويتعين بالتالي ألا تتفط مدة الحبس الاحتياطي بغير ضابط، وإلا كان للمحبوسين حق اللجوء إلى المحكمة لتفصل على وجه السرعة في أمر حبسهم، ولتقرر الإفراج فوراً عنهم إذا كان احتجازهم مخالفاً للمستور أو للقانون، وإلا جاز الطعن على قرارها أمام المحكمة الأعلى.

وتتعارض المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، مدد الحبس الاحتياطي التي يستطيل زمنها على نحو يشم بالمغالاة Excessive length of pre-trial detention، وتراها مخالفة لنص الفقرة ٣/ من المادة ٥ من الاتفاقية الأوربية لحماية هذه الحقوق.

وتقرر هذه المحكمة كذلك أن مشروعية الاحتجاز إنما تتحدد على ضوء حقيقة الأوضاع التي تتمثل به، والتي لا يندرج تحتها الطبيعة السياسية للجريمة؛ ولا درجة تعقد الفصل في ثبوتها أو انتفاءها؛ ولا الطريقة التي سلكها المحامون في التعبير عن ضيقهم بالمحكمة، وانتقاد إجراءاتها غير القانونية؛ ولا بخروجهم من قاعة جلساتها أكثر من مرة احتجاجاً على بعض تصرفاتها؛ ولا في رفض المتهمين للتعاون معها. وإنما يجب للفصل في أمر الإفراج عن المتهم على ضوء كافة العوامل التي تحدد في مجموعها ما إذا كان خطر هربه بعد الإفراج، حقيقياً أو تافهاً.

(١) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988); Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, (1951).

ويتعين كذلك علي السلطة الوطنية أن تعطي لمرحلة ما قبل المحاكمة أهميتها، وأن تزن حساباتها في شأن الإفراج عن المحتجزين لديها علي ضوء الصلة الجوهرية التي تربط بتقييد حريتهم، بمصلحة عامة لها وزنها؛ أخذاً في اعتبارها أن الأصل في هؤلاء المحتجزين، هو افتراض براءتهم، وأن الحرية الفردية لا يصونها غير القيود المنطقية التي تحيط بها، وأن قرارها برفض الإفراج عن المحتجزين لديها، ينبغي دوماً أن يكون قابلاً للطعن فيه، لتقرر محكمة الطعن ما إذا كان قرار الإفراج موافقاً أو مخالفاً للفقرة ٣ من المادة ٥ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

(١) Judgment of 8 June 1995- no.6/1994/453/533-534\* - Yağci and Sargin v.Turkey.

وقد نشر هذا الحكم في ص ٢٨٦ وما بعدها من العدد ١٦ رقم ٧-٩ من مجلة للقانون لحقوق الإنسان  
Human Rights Law Journal.

المبحث الثالثقرار الاتهام

٨٢٢- يحقر قرار النيابة بتوجيه الاتهام إلى شخص معين بارتكابه للجريمة التي حددتها، تعبيراً عن السلطة التقديرية التي تملكها، والتي تحدد على ضوءها من تتهمه بالجريمة. وهي سلطة تباشرها أخذاً في اعتبارها ما إذا كانت الأدلة المتوافرة لديها، كافية لحمل قرار الاتهام، ولتوجيه النيابة لمواردها المالية والتقنية والعلمية توصلاً لإدانة متهمها.

كذلك فإن قرار الاتهام موداه، اتفاقاً أسس لخرى لحمل تقديم المتهم للمحاكمة. ومن ثم يرتكز قرار النيابة بتوجيه الاتهام أو عدم توجيهه على سلطتها التقديرية للريضة. وهي في ذلك تنفذ السياسة التي ترتبها كلفة تحقيق أغراض النظم العقابية التي تقوم فيها بدور الأمين على مصلحة الجماعة الحريص على صون حرمانها.

ولئن جاز القول بأن قرارها بعدم توجيه الاتهام، قد لا يلقي معارضة جدية من الآخرين، وإن المعارضين لقرارها كثيراً ما يخطون في احتجاجهم عليه، إلا أن قرارها بتوجيه الاتهام، يطرح بالضرورة بواعثها في شأن الخصومة الجنائية التي حركتها ضد المتهم، كانتاها بعض المتهمين لتقديمهم إلى المحكمة، دون آخرين كانوا شركاء معهم في الجريمة ذاتها أو فاعلين لأسلبيين في جريمة مماثلة، وكلن تقصر اتهامها على بعض الأشخاص لمجرد مباشرتهم حقوقاً كلها الدستور لهم، كحرية التعبير عن بعض اتهاماتهم المندوة للحكومة.

ومن ثم كان كل اتهام مخالفاً للدستور إذا كان انتقائياً، أو منطوياً على الإخلال بحقوق أساسية كلها الدستور للمتهم، أو صادراً لمجرد مباشرته لهذه الحقوق، أو مطلقاً بالرغبة في الانتقام من المتهم.

ذلك أنه ليا كان قدر السلطة التقديرية التي تملكها النيابة في اختيارها توجيه الاتهام أو عدم توجيهه، فإن لهذه السلطة ضوابطها أو كوابحها.

والتمييز بين الجناة المتشابهة مراكزهم القانونية من خلال اتفاق بعضهم لتقديمهم إلى المحكمة، يناقض الدستور بالضرورة لمخالفته شرط الحماية القانونية المتكافئة التي تراعى المغفرة في المعاملة القانونية بناء على اعتبار يتلاق بالجنس أو باللون أو بالعقيدة أو بغير ذلك من صور التمييز لقتلهم على التحكم.

ويبطل بالتالي قرار النيابة بالاتهام، إذا كان موجها بعوامل جوهرها التمييز، وباعثها للتفريق بين الأوضاع المتماثلة.

٨٢٣- وبعبارة أخرى، كلما كان قرار الاتهام صادرا في حدود السلطة القانونية للنياية، وخالما للشرعية الدستورية، فإن تعيينه يكون بغير سند. فإذا قام الدليل على أن قرار الاتهام ما كان ليصدر لولا مباشرة المتهم حقوقا كفلها الدستور، بما يجعل مباشرته لهذه الحقوق سببا لصنوع ذلك القرار، بطل القرار بكل آثاره.

٨٢٤- فإذا ما استقر رأي النيابة على الاتهام، كان عليها أن تحدد نطاقه. ويفترض ذلك أن تبين النيابة طبيعة الجريمة التي تتسببها إلى متهمها وأصلتها<sup>(١)</sup>. فقد تقاضل النيابة بين جنائية وجنحة، وتختار الاتهام بالجنائية مضارة بالمتهم. وقد تقاضل بين اتهامه بجريمة واحدة، أو بأكثر من جريمة حال تعدد الجرائم التي ارتكبها؛ أو لمخالفته بفعل واحد أكثر من قانون جنائي.

وقد يعارض المتهم في إسناد أكثر من جريمة له متهما النيابة ذاتها بسعيها إلى الانتقام منه، أو دافعا بالغموض للقوانين الجنائية المتعددة التي انتهكها.

وإذا كان من المقرر قانونا عدم جواز تعريض حياة الأشخاص أو أموالهم أو حرياتهم لمخاطر نظم جنائية يتخبطون في معانيها، ويختلفون في مقاصدها، بما يفقدها يقين وضوح أحكامها، فلا يترك للمخاطبين بها حقيقة مضمونها، ولا يخطر سلفا بالتالي بحقيقة الأفعال التي نهام المشرع عن ارتكابها أو التي حتم عليهم القيام بها؛ وكان تولف شرط الأخطار في لجرائم جميعها، يعتبر مطلبا دستوريا لبيان حقيقة الأفعال التي تكونها؛ إلا أن التدخل بين قانونين جنائيين، يدل على أن المشرع لم يحكم صياغتهما، ويجهل كذلك بماهية الجرائم المنصوص عليها فيهما، فلا تتوافر فيهما خاصية اليقين التي تنسب بها للقوانين الجنائية جميعها<sup>(٢)</sup>. ذلك أن هذه القوانين لا تخطر المخاطبين بها بحقيقة الأفعال التي نهتهم عنها أو التي طلبتها منهم، ما لم يكن وصفها للجرائم المحددة بها، كاملاً Fully descriptive of the offence. ويتبين بالتالي أن يصاغ الاتهام على نحو يحدد للجريمة أركانها ولا يجهل بشرط الإخطار بطبيعة الجريمة المنسوبة إلى المتهم. وهو شرط تقتضيه الوسائل القانونية السلمية الإجرائية<sup>(٣)</sup>.

(١) United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1876), Bartell v. United States, 227 U.S. 427 (1913).

(٢) United States v. Carll, 105 U.S. 611 (1882).

(٣) In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

وما يقال من أن التدخل بين قانونين جنائيين لا يفيد أكثر من حق النيابة في اختيار أحدهما، وتوجيه الاتهام وفقا لأحكامه، وأن هذا التدخل لا يعتبر في ذاته مخالفا للدستور، بشرط ألا تكون النيابة موجهة في خيارها بعوامل التمييز ضد فئة أو طبقة بذاتها من المتهمين<sup>(١)</sup>، مردود بأن تعلق قانونين جنائيين بالأفعال ذاتها، واختيار النيابة العامة واحداً من بينها لتأسيس الاتهام وفق أحكامه، موداه بالضرورة عدالة غير متكافئة، إذا كان هذان القانونان متعاصرين.

فإذا اختلفا من جهة زمن تطبيقهما؛ وكانت العقوبة التي يفرضها القانون اللاحق أقل من التي يفرضها القانون السابق، فإن اختيار النيابة للقانون اللاحق لا يكون مخالفاً للدستور، إذ هو أصلح للمتهمين في مجال تطبيقه بالنسبة إليهم.

ولا كذلك أن تكون العقوبة المقررة بالقانون اللاحق، أشد وطأة من عقوبة القانون السابق، إذ يعتبر القانون اللاحق -في هذا الفرض- ملغيا ضمنيا للقانون السابق بكافة أحكامه؛ فلا يبقى غير قانون واحد، هو القانون اللاحق، لتزج للجهة القضائية العقوبة التي يفرضها بموازين الشرعية الدستورية التي تحدد علي ضوئها ما إذا كانت العقوبة التي يفرضها المشرع للجريمة التي نص عليها القانون اللاحق تناسبها، أو تجاوز وطأتها خصائص الجريمة ودرجة خطورتها. ذلك أن نقل العقوبة بالنسبة إلى نوع الجريمة التي تتعلق بها، يعني موافقتها للدستور.

٨٢٥- وكما لا يجوز لأغراض انتقامية أن تباشر النيابة سلطاتها التقديرية لتوجيه الاتهام إلى شخص معين، لا يجوز كذلك لأية محكمة أن تزيد من قدر العقوبة التي توقعها على المتهم لإشباع هذه الأغراض عينها خاصة إذا كان موقفها في هذا الشأن منهجيا. ذلك أن الانتقام من المتهم Vindictiveness against defender يدخل بالضرورة بشرط الوسائل القانونية المسمية.

٨٢٦- وإذا جاز للنيابة في بعض الدول، أن تتذر المتهمين الذين تفاوضهم للحصول منهم على إقرار بالجريمة التي تتهمهم بها، بأنها متوجه إليهم تهما جديدة غير التي تضمنتها

(١) انظر في ذلك قضية

United States v. Batchelder, 442 U.S. 114 (1979).

وفي هذه القضية تؤكد المحكمة العليا للولايات الأمريكية، جواز هذا التدخل من زاوية دستورية. وتضيف إلى ذلك قولها بأن المخاطبين بقانونين جنائيين متداخلين، وإن كانوا لا يبرأون سلفا ما إذا كانت النيابة العامة ستقدمهم إلى المحكمة وفقا لهذا القانون أو ذلك؛ إلا أن هذه الصعوبة شأنها شأن الجريمة الواحدة التي يفرض لها المشرع أكثر عقوبة، ويفوض للمحكمة في لتقاء العقوبة التي يراها -من بينها- أكثر ملائمة للجريمة.

قرار الاتهام الأول، إذا لم يعترفوا بالجريمة التي نسبها هذا القرار إليهم<sup>(١)</sup>. فإن شرط ذلك أن يجيز النظام القضائي في الدولة عملية التفاوض هذه، وأن تمنحها الهيئة القضائية المعنية غطاء من الشرعية لدمتورية. فإذا كانت عملية التفاوض تلك محظورة وفق النظم العقابية القائمة -وهي لابد أن تكون كذلك لانطوائها على حمل المتهم على الإقرار بجريمة قد لا يكون هو مرتكبها، خوفاً من نتيجة المحاكمة وقلقاً على مصيره- فإن مثل هذا التهديد أو التحذير يكون مخالفاً للمستور.

ذلك أن المتهمين الذين يساقون إلى الإقرار بالجريمة على هذا النحو، يشهدون ضد أنفسهم بما يدينهم، ويتخوفون من العقوبة المقررة أصلاً للجريمة التي اتهموا بها. إذا رفضوا الإقرار بارتكابها، فلا يتكافأ مركزهم ومركز النيابة التي لا يجوز لها أن تدفعهم إلى الإقرار بالجريمة لمجرد اختصار إجراءاتها، أو لتوفر مواردها التي توجهها -في الأصل- بكامل ثقلها لإدانتهم.

٨٢٧- فإذا نحينا جانباً عملية التفاوض تلك بكل مخاطرها وسوءاتها؛ وكان من المقرر أن للنيابة -رقيب توجيه الاتهام بصفة نهائية- أن تعيد النظر في تقديرها المبدئي لحقيقة الأفعال التي ارتكبها للمتهم، والتي قد تكون بعض جوابها خافية عليها وقت هذا التقدير، إلا أن تعديل النيابة لأبعاد الاتهام بعد بدء المحاكمة، يثير شكوكاً حول حقيقة دوافعها<sup>(٢)</sup>.

(١) قد يقر المتهم بذنبه بدلاً من أن تتولى النيابة العامة بنفسها إثباته *Cuilty Plea* وذلك لأسباب مختلفة، منها كثرة الأدلة الموجودة ضده، وكذلك إذا قدر أن محاكمته قد تنتهي إلى فرض عقوبة أكبر من العقوبة التي يتحملها فيما لو أقر بالجريمة. ومن ثم يدخل المتهم ومحاميه في عملية تفاوض *Plea Bargaining* مع سلطة الاتهام حتى يحصل على عقوبة أخف أو يسمح له بالإقرار بارتكابه لجريمة عقوبتها أخف. ولئن جاز القول بأنه لا يجوز في النظام الاختصاصي للدالة الجنائية أن يكره شخص على الإقرار بذنبه، إلا أنه أقر بنسبه مختاراً، وبإرادة حرة، كان هذا الإقرار موافقاً للمستور في الدول التي تجيز عملية التفاوض هذه. *United States v. Jackson, 390 U.S. 570 (1968)*.

وتتظّر بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية إلى عملية التفاوض هذه باعتبارها عملية هامة وضرورية في مجال إدارة الدالة الجنائية

*Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63 (1977); Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978)*.

(٢) *United States v. Goodwin, 457 U.S. 368 (1982)*.

### المبحث الرابع

#### تقدير الأسس التي قام عليها قرار الاتهام

٨٢٨- يتعرض الأبرياء الذين يقدّمون إلى المحكمة الجنائية، خاصة في الجرائم الخطيرة، لمخاطر لا يجوز إسقاطها من حسابهم، حتى لو أطلق سراحهم لبطان الألة ضدهم أو عدم كفايتها. ذلك أن سمعتهم تضار بقدر كبير، وتظل عالقة في الأذهان ما تردد عنهم في الصحافة وغيرها من وسائل الأعلام. وهم ينفقون أموالاً ضخمة من أجل الظفر ببراعتهم، ويتحملون أشكالا من المعاناة لا قبل لهم بها طوال محكمتهم، ويندرج تحتها انقطاع صلتهم بالحياة اليومية التي درجوا عليها.

ومن ثم كان حرص للنظم الجنائية في تطورها للمعاصر، ليس فقط علي حماية الأبرياء من منية أحكام خاطئة تدينهم، وإنما كذلك حمايتهم في مواجهة تهم ليس لها ما يساندها من الأوراق. ويتعين بالتالي أن تتولي جهة قضائية محايدة -وعلي الأقل في الجرائم الخطيرة- مراجعة النيابة في قرارها بأن تتهم؛ لنقرر ما إذا كان لقرار الاتهام في هذه الجرائم سند من الأوراق يسوغ للمضي فيه.

ومن ثم تتولى هذه الجهة، للنظر في الأسس التي قام الاتهام عليها، لتفصل بنفسها في كفايتها أو قصورها عن حمل التهمة، قبل أن توجه هذه الجهة الاتهام إلى المتهم المائل أمامها. فكلّ الجهة القضائية المشار إليها<sup>(١)</sup> تقوم بعملية تصفية، غايتها ألا يوجه لتهام بخير دليل. بما يقيم هذه الجهة عزلا بين النيابة والمتهم المحتمل، لتمده بنوع من الحماية هو في أشد الحاجة إليها.

وهذه الجهة القضائية لا وجود لها في مصر، إذ ليس ثمة فاصل بين قرار النيابة المصرية بالاتهام، ومثول متهمها أمام المحكمة التي تفصل بنفسها في التهمة الجنائية من جهة ثبوتها. أو انتفاؤها.

(١) تسمى هذه الهيئة في الولايات المتحدة الأمريكية بـهيئة المحلفين الكبري، وهي لازمة في المحاكمات الفيدرالية بمقتضى التحديد الخامس للنسور الأمريكي، ولكنها غير مطلوبة في الولايات الاعضاء في الاتحاد.

وفي ذلك إخلال جسيم بمصلحة المتهم التي لا يكتفلها نزع النيابة في اتهامه، وعلي الأخص كلما كان الدليل علي التهمة غير مقبول قانوناً، أو لا مصدر له في الأوراق، أو ليس كافياً من وجه آخر .

ومن ثم يكون وجود هذه الجهة للقضائية التي تحيل المتهم بنفسها إلي المحكمة إذا اطمأن وجدانها لسلامة الأسس التي قام عليها قرار الاتهام، ضماناً حقيقة تزامن الأبرياء من كل اتهام يتم بالاندفاع، أو بالتهور، أو بالتورط، أو بالقهر، أو بالتحايل، أو بالفسخ، سواء كان المتهم المحتمل فرداً أو أقلية عرقية أو غيرها.

ذلك أن النظم الحقيقية للعدالة الجنائية، يعنيها أن يكون قرار الاتهام قائماً علي أسس من حكم العقل وضوابط من القانون. فلا يكون إلقاء من القوة التي تتمسك بها النيابة علي المتهمين، ولا احتيالا منها علي حكم القانون، ولا موجهها بالضغائن الشخصية - Personal ill-will التي يجوز أن تتزلق إليها

ويتعين أن تدير تلك الجهة للقضائية - وفي مجال تقديرها لأسس الاتهام - مناقضاتها علانية، وفي مواجهة النيابة وخصمها، وأن يكون للدفاع عن المتهم المحتمل حق دحض الأدلة التي تقدمها النيابة لتعزيز موقفها من الاتهام، وكذلك مقابلة شهودها بشهوده. ومن ثم لا تكون جلسات سرية ولقعة وراء جدران مغلقة، بل مفتوحة وعلنية، قائمة علي المواجهة، ومنطوية علي تحقيق مبدئي Preliminary hearing. لا يفصل في التهمة الجنائية من جهة ثبوتها أو انتفاءها، وإنما في ملائمة توجيهها في إطار كافة العناصر التي تقدمها النيابة، وكذلك تلك التي يطرحها الدفاع.

٨٢٩- علي أن ضمانات التحقيق المبدئي، لا تعتبر ضمانات دستورية يخل نقضها بشرط الوسائل القانونية السليمة ذلك أن ما يتطلبه الدستور لا يزيد عن فصل سلطة الاتهام عن المحكمة التي تنظر التهمة. فلا ينمجان في جهة واحدة.

بما مؤداه أن ضمانات التحقيق المبدئي في الاتهام قبل الإحالة إلي المحكمة، وإن كانت خطوة أكبر وأعمق في اتجاه الحرية، إلا أنها غير لازمة دستورياً لصونها

علي أن المحكمة التي تفصل في الاتهام المحال إليها، وإن كان يوسعها دوماً الإفرج عن المتهم إذا تبين لها - من ظاهر أدلة الاتهام - تهاويها أو انعدام أساسها، إلا أن ضمانات التحقيق المبدئي يساندها - الجهة القضائية التي تفصل مبدئي في جوار إسناد أدلة الاتهام إلي

المتهم المحتمل، أو كفايتها، هي التي تجنّبه مخاطر السقوط في هاوية اللُلق، وتثويه سمعته، والتعريض به، والإخلال بفرضه في الحياة للملائمة للنقية من شوائبها.

ذلك أن قرارها بفساد أسس الاتهام، يعني إسقاط التهمة بغير محاكمة مطولة يتعد بها مصير المتهم المحتمل، ويزداد من خلالها اضطراباً. وقد يفقد معها عمله، وعائلته، ومظاهر حياته التي ألفها طوال الفترة التي تستغرقها المحاكمة، والتي تمتد كذلك لتشمل فترة الطعن في حكمها بالإدانة، ثم الفصل نهائياً في هذا الطعن، إذا ظل المتهم أو المدان طوال هذه الفترة الزمنية، في قبضة السلطة، ولو لتنفيذ الحكم الصادر ضده.

ذلك أن مخاطر تقييد حرية المتهم بعد القبض عليه، هي التي يتعين أن تؤخذ في الحسبان.

٨٣٠- ومتى اختار المشرع ضمانات التحقيق المبني السابغة علي إحالة المتهم إلي المحكمة، والتي تتوخى استكناه الأسس التي يقوم الاتهام عليها، وتقرير صحتها أو فسادها، تعين أن يتقيد هذا التحقيق بعدد من القيود أهمها:

أولاً: أن مرحلة التحقيق المبني، تعتبر مرحلة حرجة تقتضي حضور محام يمثل المتهم المحتمل Potential accused، ويواجه شهود النيابة وأقربائها. ذلك أن مهارة محاميهِ وبراعته القانونية، كثيراً ما تكون هي الطريق الوحيد للتكليل علي خلل في التهمة يتعلق بتخايل أدلتها أو ضعفها أو اضطرابها. والمحامون المؤهلون يملكون من خبراتهم ما يحينهم علي مواجهة التهمة من كافة جوانبها، ومعرفة نواحي قوتها وملاحق قصورها، حتى إذا أحيل موكلهم إلي المحكمة بعد التحقيق المبني، استطاعوا الدفاع بصورة فعالة وملائمة عن براءته. وقد يطلبون طبيباً نفسياً لفحص حالة المتهم المرضية في مرحلة التحقيق المبني. وقد لا يقدر المتهمون المحتلون الذين ينتفرون إلي الموارد المالية، حاجتهم إلي محامين عنهم في هذه المرحلة الحرجة لتتولي الجهة القضائية القائمة علي إجراء هذا التحقيق، تعيينهم، حتى يمدوا يد العون لهؤلاء المتهمين، شأن حضورهم في هذه المرحلة الحرجة، شأن الحق في طلبهم في مرحلة المحاكمة ذاتها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: لا يجوز للجهة القضائية التي تقوم بالتحقيق الابتدائي في شأن متهم محتمل، أن تحيله إلي المحكمة تحملاً، ولا أن تحرره من قبضتها احتجازاً. وإلما حسبها أن يكون قرارها بإحالتها إليها منصفاً، وليس واجبا عليها أن تتقيد بالقواعد الإجرائية الجامدة.

(١) Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

وكما كانت هذه الجهة مكونة من محققين، فإن تشكيلها يتعين أن يكون متضمنا عناصر من قراء المتهم المحتمل، فلا يستبعد السود من تكوينها إذا كان المتهم من جنسهم؛ وإلا كان تشكيلها منطويا على تمييز بناقض الدستور<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن هيئة المحلفين التي تقوم بالتحقيق الابتدائي، تتكون من المواطنين البسطاء الذين لا يدركون القواعد القانونية المعقدة، ولا يفهمون دروبها الملتوية. ولا يجوز بالتالي نقض قرارها بتوجيه الاتهام، ولو كان هذا القرار غير مؤيد بأدلة يجوز قبولها قانوناً<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن صحة قرار هذه الهيئة يرتبط بتشكيلها وفق الدستور والقانون، ويصدره في غير محاباة ودون تحامل. والمواطنون البسطاء الذين يشكلون هيئة المحلفين لا يجرون تحقيقاتهم على ضوء القواعد القانونية الفنية. وإنما يكون الإصرار على تطبيقها حقاً للمتهم في مرحلة الخوض في موضوع الاتهام، وذلك أمام المحكمة التي تفصل في صحة التهمة أو بطلانها توصلًا لحكم بالبراءة أو بالإدانة.

(١) Costello v. United States, 350 U.S. 359 (1956).

(2) Holt v. United States, 218 U.S. 245 (1910); Loun v United States 355 U.S. 339 (1958).

الفصل الثامنالمحاكمة المنصفةالمبحث الأولصورتها الإجمالية

٨٣١- هذه المحاكمة هي الوجه المقابل لضمان الحرية الشخصية ولصون الحق في الملكية التي لا يجوز تقييدهما بغير الوسائل القانونية السليمة التي تترد في جذورها التاريخية إلى مجابهة أعمال التحكم إما كان أطرافها، ومواء كان من يباشرها ملكاً أو أميراً أو غيرهما.

وهي بذلك تقوض امتياز مباشرة السلطة بغير ضوابط تقتضيها الحدود المنطقية لولايتها، وتواجه انحرافها عن أهدافها حتى في المفاهيم المعاصرة التي تتوزع السلطة بمقتضاها بين أفرع مختلفة يستقل كل منها عن الآخر، فلا تتدخل مهامها.

ولا يجوز بالتالي للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، أن تفرض أوامرها وخياراتها على مواطنيها، وكأن الوسائل القانونية السليمة من صنعها، لتحدد بنفسها ما يدخل تحتها وما لا يندرج فيها. إذ ليس ذلك من الحقيقة في شيء.

ذلك أن هذه الوسائل لا تتوخى غير صون أمانة الناس جميعهم، وضمان كرامتهم. وهي بذلك تطو على السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعلى السلطة القضائية نفسها لأنها تبين لكل منها الدائرة التي ينبغي أن تعمل فيها. وبدولها يتعرض الفرد لمخاطر جسيمة قد يصير معها مجرد شيء بغير قيمة.

٨٣٢- وإذا كان الأصل في الناس جميعهم هو الحرية، وكان الدستور قد كفل حرمة أموالهم، فإن صون حرياتهم وملكيّتهم، ينافيها التجهيل بمضمون القوانين الجزائية، وينقضها كذلك سوقهم إلى محكمة لا يتوافر لها من استقلالها وحيثيتها، ما يكفل حقوقهم التي نص عليها الدستور، الحد الأدنى من متطلباتها، ويندرج تحتها الحق في محاكمة سريعة وعادلة ومحيدة لها من ضماناتها ما يكفل إنصافها، ومن تكامل إجراءاتها ما ينفي اختصارها<sup>(١)</sup>.  
Summary Trial.

فلا يدان شخص بغير دفاع؛ ولا بناء على دفاع غير ملائم؛ ولا وفق أدلة تم تلفيقها أو تزويرها، أو الحصول عليها من أوجه أخرى بالمخالفة للقانون؛ ولا بأدلة ليس لها صلة

(١) Barker v. Wingo, 407 U.S. 514 (1972); Dickey v. Florida, 398 U.S. 30 (1970); United states v. Marion, 404 U.S. 307 (1971); In Re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

بالجريمة المدعى ارتكابها، أو لا تنتج في إثباتها<sup>(١)</sup>؛ ولا بقرائن مجافية للحقائق العلمية والعملية<sup>(٢)</sup>؛ ولا لمجرد حرمانه من ميزة كفلها الدستور أو المشرع؛ ولا بشهادة يكره هو على أدائها لينين نفسه بها، ولا لإخلال بالحق في سماع دفاعه بعد إخطاره بعناصر الاتهام بلا إبطاء غير مفهوم<sup>(٣)</sup>، ولا وفق قواعد ليس لها من مضمونها أو إجراءاتها ما يكفل إنصافها؛ ولا بإنكار حق المتهم في النفاذ إلي الوسائل العلمية التي يقتضيها تحقيق دفاع جوهري أبداً<sup>(٤)</sup>.

وبوجه خاص لا يجوز حرمان متهمين من حضور محكمتهم، كلما كان مثولهم فيها ضروريا لعرض موقفهم من الجريمة المدعى بها ونفيها عنهم، ولو كان ذلك بتخطيهم لمحاميهم، وإدانتهم الدفاع عن أنفسهم بالطرق التي يرونها أكثر ملاءمة أو تأثيرا. ويتعين كذلك ضمان مثولهم في كل إجراء يؤثر في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية، كالانتقال إلى محل الجريمة لتحقيق بعض عناصرها.

بما موداه، أن الأصل في الاتهام الجنائي -وبالنظر إلى خطورته- أن يواجهه المتهم من خلال محكمة لها من ضماناتها، ومن مضمون القواعد التي تطبقها، ما يكفل فعاليتها ووزنها لأدلتها بالقسط. كذلك فإن الأصل في الأشخاص، وإلى ما قبل إدانتهم بالجريمة، هو حرية أدانهم من التقيود عليها.

(١) Vachon v. New Hampshire, 414 U.S. 478 (1974).

(٢) Tot v. United States, 319 U.S. 463, 468 (1943).

وتعتبر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عن القرائن التحكيمية المدافنة للواقع العملي في الحياة بقولها.

Presumptions so strained as not to have a reasonable relation to the circumstances of life.

(٣) وسبب ذلك أن الأصل هو أن يكون لكل إنسان حق في أن يحيا حياة هادئة مطمئن فيها على حريته وملكيته بغير تدخل من السلطة العامة، إلا إذا كان تتدخلها وجه من القانون. ومن ثم يعتبر الحق في سماع أقوال الشخص المواجه بإجراء ما، الوجه المقابل لحق السلطة في اتخاذ هذا الإجراء. وهو بذلك يمثل لرقى القيم ورفعها في مجال الوصول إلى الحقيقة. ذلك أن المعرضين لمخاطر معينة، لا يستطيعون دفعها إلا بعد إخطارهم بها، وضمان فرص عادلة لمواجهتها.

Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 264 - 65 (1970).

(٤) يفترض في هذه الوسائل العلمية أن تكون هي الإجراء الوحيد لإظهار براءته. وعندئذ يتعين على الدولة أن تتحمل نفقتها. فإذا ادعت امرأة نسبة طفل إلى شخص معين، وكان اختيار الدم هو الإجراء الوحيد الذي يملكه المدعى عليه للحضن قرائن قنمته الأم، ويدل ظاهرها على نسبة الولد إليه، فإن على الدولة أن تجرى على نفقتها هذا الاختبار.

Little v. Streater 452 U.S. 1 (1981).

فإذا تدخل المشرع من خلال الجزاء الجنائي لتجريم بعض أفعالهم، وجب أن يقوم الدليل عليها وفق وسائل قانونية لها من معقوليتها ومن تماسكها، ما يبرر تقييد حريتهم الشخصية.<sup>(١)</sup>

ومن ثم تطرح هذه الوسائل في مجموعها، نطلق الحقوق التي يملكونها في مواجهة سلطة الاتهام، والتي تتكافأ بها أسلحتهم معها.

وهي حقوق لا يجوز النزول عنها، أو التفریط فيها، سواء تعلق الأمر بالراشدين من الجناة أو بأحداث جالحين، أو بمن أصابتهم عاهة العقل بعد الجريمة أو قبل ارتكابها. ذلك أن حقوق هؤلاء وهؤلاء -جميعهم متهمون- تتحدد على ضوء ما يعتبر حقاً وعدلاً، ملائماً لأوضاعهم، كافلاً لهم كل ضمانات يقتضيها الفصل في الاتهام إنصافاً.

وحتى بعد إدانتهم بالجريمة، فإن شرط الوسائل القانونية يحدد الطريقة التي ينبغي معاملتهم بها في السجون التي أودعوا فيها، ويبين كذلك قواعد الإفراج عنهم قبل اكتمال مدة عقوبتهم؛ وإن تعين القول بأن الوسائل القانونية التي ينبغي تطبيقها في شأنهم قبل إدانتهم بالجريمة، تزيد في صرامتها، عن تلك التي يؤخذ بها بعد إثباتها عليهم. ذلك أن حريتهم بينما هي مطلقة في الصورة الأولى Absolute freedom، فلنأخذ مقيدة أو مشروطة في الصورة الثانية Conditional liberty.

٨٣٣- وقد نظرت المحكمة الدستورية العليا إلى الحق في المحاكمة المنصفة من الأوجه الآتي بينها:

أولاً: أن هذا الحق مقرر بنص المادة ٦٧ من الدستور<sup>(١)</sup>. التي تردت في أصلها إلى الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص بأن لكل شخص وجهت إليه تهمة جنائية، الحق في أن تفترض براءته، إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر لها كل ضمانات ضرورية لدفاعه.

وتتفرع هذه القاعدة كذلك عن المادة العشرة من هذا الإعلان، التي تنص بأن لكل شخص حقاً مكتملاً، ومتكافئاً مع غيره، في محاكمة علنية ومنصفة، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية، أو في التهمة الجنائية الموجهة إليه.

(١) تنص المادة ٦٧ من الدستور على أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه.

ثانياً: أن نص المادة ٦٧ من الدستور يبلور قاعدة تستقر العمل على تطبيقها في الدول الديمقراطية. ومقرضها في نطاق الإتهام الجنائي، أن يكون هذا الإتهام معروفاً بالتهمة، محدداً طبيعتها، مفصلاً أدلتها، وكلفة العناصر التي ترتبط بها، وعلى أن يكون الفصل في هذا الإتهام واقعاً خلال مدة معقولة، وعن طريق محكمة تتولف لها -من خلال تشكيلها وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها، بما في ذلك علانية جلساتها- ضمانات استقلالها وحيثتها، والأسس الموضوعية التي تقوم بها على وظيفتها.

وتختلف هذه المحاكمة المنصفة عن المحاكمة غير القانونية ذلك أن الأخيرة هي التي حدد القانون عناصرها أو شرائطها قبل إتيان الجريمة. ولو جاز أن يحدد المشرع بمطلق إرادته هذه العناصر وتلك الشروط ، لصار لغوا أن يتقيد المشرع بضوابط فرضها الدستور في شأن محاكمة المتهمين كذلك المنصوص عليها في المادة ٦٧ من الدستور<sup>(١)</sup>.

ومن ثم لم تعط للمحكمة الدستورية الطايا وزناً لعبارة "المحاكمة القانونية" الواردة في هذه المادة، وأبيلتها بعبارة "المحاكمة المنصفة" Fair Trial على تقدير أن هذه المحاكمة - بشرائطها المسلم بها في الدول الديمقراطية- هي التي يعيها الدستور.

ثالثاً: لا يجوز أن تكون المحكمة متهماً إلا من خلال تحقيق تجربة بنفسها، وعلى ضوء الأدلة التي تنطق بها الأوراق، والتي لها من تماسكها ما يؤيد انتفاء كل شك معقول في مجال التليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم بارتكابها.

رابعاً: تتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة في مجموعة من القواعد المبدئية التي تعكس مضاميلها نظاماً متكامل الملامح، يتوخى بالأسس التي يقوم عليها، صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها. وذلك انطلاقاً من إيمان الأمم المتحدة بحزمة الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التي تتل من الحرية الشخصية، ولضمان أن تنقيد الدولة عند مباشرتها لسلطاتها في مجال فرض العقوبة صوناً للنظام الاجتماعي بالأغراض النهائية للقوانين الجزائية التي ينفذها أن يدان المتهم بالمخالفة للحد الأدنى من حقوقه التي تكفلها قواعد إجرائية تؤثر في المحصلة النهائية للدعوى الجنائية، ويندرج تحتها افتراض البراءة كقاعدة أولية توجبها الفطرة، وتقتضيها طبائع الأشياء. ويظل هذا الافتراض قرين تلك الدعوى في كافة مرابطها لا يتخلف عنها إلى أن

(١) تنص المادة ٦٧ من دستور مضي على أن تفترض براءة المتهم إلى أن تثبت إدلته في محاكمة قانونية تتوافر له فيها ضمانة الدفاع عن نفسه.

ينقض بحكم بات على ضوء أدلة الثبوت التي قدمتها النيابة في شأن الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها، بما في ذلك القصد الجنائي بنوعيه إذا كان مطلباً فيها.

وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة، إذ هو من الركائز التي أقرتها النظم القانونية جميعها، لا لتكفل بموجبها حماية المندبين، وإنما لترد عن المتهمين، كل شبهة تقتدر إلى أساسها.

ومن ثم يعكس هذا الافتراض قاعدة مبدئية تحيط بكل فرد -سواء قبل المحاكمة أو أثناءها وعلى امتداد حلقاتها- فلا يزحزح مجرد الاتهام أصل البراءة. إذ هو قاعدة مستحصية على الجدل، واضحة ووضوح الحقيقة ذاتها، تقتضيها الشرعية الإجرائية، ويعتبر إنفاذها مفترضاً أولياً لإدارة العدالة الجنائية، ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، ولتوفير الأمن لكل فرد من خلالها، في مواجهة التحكم والتسلط والتعامل، بما يحول دون اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة ثابتة بغير دليل، وبما يرد المشرع عن الافتراض ثبوتها بقرينة قانونية يقيما بالمجافاة للمنطق .

خامساً: أن الافتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقتزن دائماً من الناحية الدستورية- وإضمان فعاليته -بوسائل إجرائية إلزامية وثيقة الصلة بحق الدفاع- من بينها حق المتهم في مواجهة للشهود الذين قدمتهم النيابة العامة إثباتاً للجريمة، والحق في نفيها من خلال شهود أو دلائل ي طرحها.

سادساً: أن وقوع المحاكمة خلال مدة معقولة، وكذلك غنية جلساتها، وحيدة قضائها واستقلالهم، جميعها فرائض دستورية لا يجوز الإخلال بها، وتقتضيها الحقوق التي يملكها المتهم في إطار الوسائل القانونية السليمة، وإلا صار الحكم الصادر ضده باطلاً.

٨٣٤- بيد أن بيان المحكمة الدستورية العليا لحقوق المتهم في مواجهة الاتهام الجنائي، لا تنحصر في تلك التي حددتها؛ ولا في أصل البراءة كقاعدة توجبها الفطرة، ويستحيل هدمها بغير حكم باتاً. وإنما توجد إلى جانبها -كشرط لتحقيق مفهوم المحاكمة المنصفة- حقوق تتكامل معها وتتمها.

ومن مجموع هذه الحقوق تتوالى للمحاكمة المنصفة، ركائزها وضوابطها في حدها الأدنى<sup>(١)</sup>.

وقدما يلي تفصيل لما تقدم:

---

(١) انظر في ذلك "مستورية عليا" القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" -قاعدة رقم ١٧- جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ - ص ١٥٤ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤-قاعدة رقم ١٠- ص ٣٥٨ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٣- ص ٦٨٦ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٤- ص ٧١٦ من الجزء الخامس.

المبحث الثانيالحق في محاكمة سريعةThe Right to a speedy TrialLe droit d'être jugé dans un delai raisonnable

٨٣٥- يعتبر الحق في محاكمة سريعة من الحقوق الجوهرية التي يقتضيها شرط الوصائل القانونية السليمة<sup>(١)</sup>. وهو ليس كغيره من الحقوق التي يكفلها الدستور لحماية المتهم. ويفسر ذلك بأن هذا الحق من الحقوق الأساسية التي لا يجوز معها لسلطة الاتهام أن تؤجل بغير مبرر معقول توجيهها الاتهام إلى المتهم رغم اعتراض المتهم على التأجيل ولو كان المتهم قد أطلق سراحه<sup>(٢)</sup> ذلك أن تأجيل اتهامه يعرضه للاحتقار العام، وقد يحرمه من فرص العمل، وهو يعوق كذلك مباشرته لحرية التعبير والاجتماع والإسهام في العمل العام. وحتى إذا اتهم وظل الاتهام معلقاً أمداً طويلاً، لتأجيله للقلق وصار مضطرباً، وقد يفقد شهوده، أو يتطرق الوهن إلى ذاكرتهم.

ومن ثم يكفل هذا الحق، مصلحة المتهم ليس فقط في ألا يبقى قبل المحاكمة مهددة حربته بغير مبرر، وإنما بتغيا كذلك للتقليل من المخاطر التي تنجم عن بطله المحاكمة بصورة ملحوظة، تتدثر معها آثار الجريمة، وتتضائل بسببها فرص الدفاع الملائس لظروفها، ويزداد معها عدد القضايا التي تأخر الفصل فيها بغير منطق بما يضر بالقواعد التي تدار العدالة الجنائية على ضوئها، ويوفر لبعض المتهمين فرص الضغط على النيابة واستغلالها من أجل الإقرار بجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة محل الاتهام.

ولئن كان هذا الحق واقعاً في نطاق الحقوق التي تتوخى معاملة المتهمين إنصافاً وبطريقة ملائمة، إلا أن الحق في المحاكمة السريعة يزيد عليها في ارتكازه على مصلحة للجماعة تستقل عن مصلحة المتهم وقد تتناقضها.

Separate from and at times in opposition to the interests of the accused.

وكثيراً ما يفرج عنهم حتى يتم الفصل نهائياً في الاتهام، بما يخولهم اللوغ في جرائم أشد في وطأتها وأدفع في نتائجها. فضلاً عن أن إطلاق سراح المتهم يزيد من احتمال اختفائه

(١) أخذ هذا الحق من نص في وثيقة الماچنا كارتا Magna Carta . وقد ورد كذلك في إعلان فرجينيا للحقوق لعام ١٧٧٦، ونقل من هذا الإعلان إلى التعديل السادس للدستور الأمريكي.

(٢) United States v. Ewell, 383 U.S. 116 (1966). See also, Beaudoin, G.A. et W.S. Tranopolsky, Charte Canadienne des Droits et Libertés, les éditions Wilson et Lafleur, 1982, p.462; klopher v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967).

بصفة نهائية. كذلك فإن طول الفترة الزمنية التي يقضونها فيما بين القبض عليهم وإدانتهم، تجعل عملية إعادة تأهيلهم من الصعوبة بمكان بعد أن أضر الاتهام بهم نفسياً ومالياً واجتماعياً.

فإذا لم يفرج عن المتهم بكفالة، ظل محتجزاً في السجون التي تتكدس بزلاتها ويعايشون جميعهم ظروفًا صحية ونفسية قاسية تؤثر بالضرورة في قيمهم وتوجهاتهم الإنسانية، فلا يكونون غير أشقياء بالنظر إلى الأوضاع التي يتفقدونها، والتي لا يعودون بسببها إلى الحياة لسواها.

كذلك فإن لاحتجاز المتهمين الذين يترصدون الفصل في الاتهام، تكلفة عالية من الناحية المالية، سواء في ذلك تلك التي تكفيها للدولة في مجال ضمان الحد الأدنى من الشروط للالتزام بإدارة السجون، أو على صعيد الإعالة التي تقدمها بعض النظم لأمر المتهمين الذين حرموا من عائلهم للمقايير وراء القضاة<sup>(١)</sup>.

وتظهر كذلك فروق المغيرة بين الحق في محاكمة سريعة، وغيره من الحقوق التي يكفلها الدستور للمتهمين، في أن بطء المحاكمة قد يعمل لصالح المتهم. ذلك أن المحامين كثيراً ما يناورون من أجل تطويل إجراءاتها حتى تفقد النيابة اتصالها بشهودها، أو حتى بصيهم. ومن في ذكراهم Défaillance de la mémoire des témoins بالنظر إلى طول الفترة بين وقوع الجريمة والفصل في نسبته إلى المتهم بارئها، خاصة وأن النيابة هي التي عليها إثباتها.

وإذا كان حرمان المتهمين من تمثيلهم بمحاميين عنهم أو حملهم على الإدلاء بشهادة يرفضونها، يعتبر -ولمجرد هذا الحرمان أو الحمل- إضراراً بهم؛ إلا أن الإخلال بالحق في محاكمة سريعة، قد لا يوفر لهم فرص للدفاع عن أنفسهم.

ويزيد من صعوبة الأمر، أن هذا الحق، من المفاهيم التي يكتنفها الغموض بالنظر إلى تعذر تحديد اللحظة الزمنية التي يتحقق فيها الإخلال بذلك الحق بصورة يقينية.

وحتى بعد تحديد هذه اللحظة، فإن تجاوزها مؤداه ضرورة إسقاط التهمة. وذلك نتيجة خطيرة من أثرها إطلاق سراح المجرمين، ولو كانوا من عتاتهم.

وعلى ضوء هذه المخاطر جميعها يتعين القول بأمرين:

(١) Baker v. Wingo, 407 U.S. 514 (1972); Dickey v. Florida, 389 U.S. 30 (1970).

لأولهما: أن الحق في محاكمة سريعة، مؤداة توقيتها بزمان محدود، لا إطلاق لإجراءاتها  
بغير حدود منطقية من عامل الزمن.

ثانيهما: أن الاحتجاج بالحق في محاكمة سريعة، يفترض أن يكون للمتهم قد طلبها  
كشرط للقول بمجاوزة مدتها حدود الاعتدال. فإن لم يكن قد طلبها، اعتبر ذلك نزولاً اختياريًا  
عنها، وإن تعين القول بأن إرادة النزول عن الحقوق التي كفلها الدستور لا تفترض، وأن علي  
المحكمة أن تأخذ بكل قرينة منطقية تناهض هذا النزول. ذلك أن المتهم كثيراً ما يضار من  
المحاكمة التي يستطيل زمنها، خاصة إذا كان قد حبس احتياطياً مدة طويلة قبل بدئها<sup>(١)</sup>.

٨٣٦- ويتعين دوماً أن يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة وإن كان مشوباً بالغموض،  
بالنظر إلى تعذر تحديد المدة التي لا يجوز أن تجاوزها المحاكمة، إلا أن ضمان المحاكمة  
السريعة، يظل للزمن على النية على تقدير أن مصلحة الجماعة يغلب بها كل محاكمة لا  
تتضبط مدتها في حدود منطقية.

وفي مجال تقدير طول مدة المحاكمة أو قصرها، تأخذ المحكمة في اعتبارها ما إذا كان  
محامي المتهم قد طلب وقتاً إضافياً لإعداد دفاعه؛ وما إذا كان قد نبه موكله إلى حقه في  
الاعتراض على المحاكمة التي استطلت أجلها؛ وما إذا كان المتهم قد مثل أمام المحكمة بغير  
محام؛ وما إذا كان اعترض المتهم على طول إجراءاتها، قد قرع سمعها على وجه الجزء؛ أم  
أن هذا الاعتراض كان شكلياً *Pro forma objection*. ويتعين على النيابة أن تقيم الدلائل بنفسها  
على أن نزول المتهم عن الاعتراض على طول محاكمته، كان إرادياً، قائماً على العلم بالحق  
في محاكمة سريعة، وبأبعاد هذا الحق. ذلك أن الحق في محاكمة سريعة من الحقوق المنفردة،  
سواء في مجال تحديد زمنها، أو على ضوء أوضاع المحاكمة وظروفها التي تنشئ بما إذا كان  
المتهم قد نزل عند هذا الحق أو تمسك به.

٨٣٧- ويتعين بالتالي في مجال تقرير طول المحاكمة، أن يكون امتدادها في الزمن  
مقصوداً أو عدوانياً *Purposeful or aggressive* وأن ينظر إلى سلوك كل من النيابة والمتهم  
بشأنها على ضوء كل حالة على حدة *An ad hoc basis*. فلا نقرر أن المتهم، قد حرم من  
الحق في محاكمة سريعة إلا على ضوء عدد من العوامل أهمها طول مدة تأخرها، وسببه،  
ودرجة إصرار المتهم على هذا الحق، وكد ما أصابه من ضرر من جراء إداره. وليس من  
المفترض أن يقيم المتهم الدليل على وقوع هذا الضرر.

(١) *Klopfert v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *Smith v. Hooey*, 393 U.S. 374 (1969).

وما لم يكن ثمة تأخير يفترض فيه الإضرار بالمتهم، فلا وجه للخوض في توافر العوامل الأخرى التي تدخلها في ميزان ضمان أو إهدار الحق في محاكمة سريعة، علي أن يكون مفهوما أن المدة الطويلة بالنسبة إلى جريمة عادية، لا تعتبر كذلك في جريمة معقدة، متداخلة العناصر، يحتاج إعداد الأدلة لأدلتها بشأنها، إلى مدة أطول.

٨٣٨- وكلما كان طول المحاكمة مرده إلى فعل النفيّة بقصد إحباط جهود الدفاع، فإنها تكون مسئولة عن تصرفاتها. كذلك فإن إهمال المحكمة للفصل في القضية المطروحة عليها، أو تكسب القضايا المنظورة أمامها، لا يعتبر عذرا يسوغ طول إجراءاتها.

وقد يكون اختفاء شاهد هام في القضية، مبررا معقولا لطول فترة نظرها بشرط أن يكون احتمال العثور عليه راجحا. ويتعين أن يعطي وزن كبير لدرجة إصرار المتهم علي الاحتجاج بالحق في محاكمة سريعة. ذلك أن ترليه في ذلك، يجعل من الصعوبة بمكان قبول الإدعاء بإهدار هذا الحق. ويؤخذ دائما بما لحق المتهم من ضرر، سواء تمثل في احتجازه فترة طويلة من الزمن قبل المحاكمة، أو في تعميق قلقه علي مصيره، أو في عرقلة جهود الدفاع؛ وعلى الأخص ما تعلق منها بعجزه عن إعداد قضيته نتيجة اختفاء شهود المتهم أو وفاتهم أثناء محاكمته التي استطلت زمنها. وهو ما يتحقق كذلك إذا تطرق الوهن إلى ذاكرة شهوده، وصلوا غير قادرين علي استعادة واقعة قديمة، ووصفها بالدقة الكافية<sup>(١)</sup>.

ويظل لفترة لاحتجاز المتهم السابقة علي تقديمه إلى المحاكمة، أهمية كبيرة. ذلك أن هذا الاحتجاز يعتبر زمنا ضائعا Dead Time لا يستطع المتهم فيه جمع أدلته والاتصال بشهوده وإعداد غير ذلك من أوجه دفاعه. وتلك مخاطر جسيمة ينوء بها خاصة إذا قضى ببراءته في النهاية.

وحتى لو لم يحتجز المتهم قبل المحاكمة، فإن القيود التي تفرض أثناءها علي حريته، ومظاهر العداء التي تحيط به، وصور النفور التي تجابهه علي امتداد زمن الفصل في الاتهام، ومعاملته باعتباره من المنحرفين اجتماعيا؛ جميعها هموم تحوم حوله ليعتصره القلق.

٨٣٩- ويتعين دائما أن ينظر إلي الحق في محاكمة سريعة، باعتباره من الحقوق التي كفل الدستور أصلها؛ وأن ينظر في تقدير توافر هذا الحق أو تخلفه، إلي كافة العوامل ذات

(١) Beavers v. Haubert, 198 U.S. 77 (1905).

الصلة؛ كطول للفترة المنقضية بين القبض والمحكمة، ونوع ونطاق الأضرار التي عايشها المتهم من جراء طول إجراءاتها.

ولا يعتبر تأخير النيابة في توجيه الاتهام حتى تتوافر لديها الأدلة التي تكفي لمتهم بها، من قبيل هذه الأضرار. ذلك أن القانون يلزمها باستكمال أدلتها قبل توجيه التهمة كي لا يتطرق الخلل إليها من جراء الإسراع فيها.

وحتى بعد استكمال النيابة لأدلتها، فإنها قد تؤخر توجيه الاتهام كي تستوثق من حقيقة الصلة بين متهم بعينه، وغيره من الضالعين في الجريمة<sup>(١)</sup>.

٨٤٠- وعلي ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن الحق في محاكمة سريعة يعتبر أساسياً في كل محاكمة جنائية. وهو يقيد في الدول الفيدرالية سلطتها الاتحادية ولاياتها. وهو أصل في كل محاكمة منصفة، وضرورة يقتضيها ألا يظل الاتهام الجنائي معلقاً بغير حسم، بالرغم من اعتراض المتهم على بقاء موقفه قلقاً، ومصيره مبهماً، إزاء اتهام قائم بغير حكم يكون منهيها للخصومة الجنائية، فاصلاً في موضوعها.

ذلك أن إرجاء الفصل في هذا الاتهام أمداً طويلة بغير مسوغ، مؤداه أن تحيط بالمتهم كافة مظاهر التشبه المشين للسمعة<sup>(٢)</sup> وإلى أن ينتهي القلق ويحصره إزاء اتهام مسلط على مصيره رداً طويلاً من الزمن. مع رجحان لاختفاء شهوده، وتعرُّص الاتصال بهم حال وجودهم، وتطرق الخلل إلى الصورة التي في أذهانهم عن كل واقعة يشهدون بها. وجميعها مضار يفترض تحققها؛ فلا يكون المتهم مكلفاً بإثباتها.

ثانياً: أن سرعة المحاكمة لا تتحدد وفق قواعد جامدة يتم تطبيقها بآلية عمياء. وإنما مرد الأمر فيها إلى أوضاع الخصومة الجنائية، وظروفها التي تحيط بها، وعلى الأخص ما تعلق بخطورة الجريمة المدعى بها، وتعدد عناصرها، وعدد الشهود الذين يحتمل ظهورهم للشهادة في موضوعها؛ وما إذا كان لشهادة الغائبين منهم وزن خاص، واحتمال حضورهم راجعاً؛ وما إذا كان إرجاؤها واقعاً في حدود منطقية، يدخل في تقديرها ما إذا كان المتهم مطلق السراح، أو مقيدة حريته.

(١) United States, v. Lovasco, 431 U.S. 783 (1977); Costello v. United States, 350 U.S. 359 (1956); State v. Keefe 17 Wyo 227 (1908).

(٢) Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967).

ثالثاً: ومما يخل بالحق في سرعة المحاكمة، للتدخل فيها بقصد تسويقها Purposeful. وكذلك كلما كان تمويقها، ملتوياً قائماً على الخداع والختال Oppressive بقصد إرهاب المتهم بإجراءاتها. وهو ما يتحقق على الأخص، إذا كان لإرجاء الفصل في الاتهام، مبنياً أعذار واهية أو مفتعلة يكذبها واقع الحال، أو ليس لها من نفسها ما يقيمها على الحق. وكان منطقياً بالتالي، أن يفترض في كل محاكمة تستطيل إجراءاتها؛ إضرارها بالمتهم وتقويضها جوهر الحقوق التي يملكها وفقاً للدستور، وأن تكون النيابة العامة هي المكلفة بتقديم الدليل على أن تأخيرها كان لعذر مقبول<sup>(١)</sup>.

رابعاً: ويعتبر نزولاً من المتهم عن الحق في محاكمة سريعة، طلبه إرجاء الفصل في الاتهام لعذر أبده، أو موافقته ضمناً على طلب النيابة العامة تأخير هذا الفصل. إذ ليس لأحد أن ينقض بيده ما تم من جهته، ولا أن يدعى تضرره من إجراء كان بوسعه الاعتراض عليه، لو كان مذاقاً لمصلحته. وعلى المتهم بالتالي أن يتمسك بسرعة محاكمته. فإن لم يفعل، أو يتخذ موقفاً يدل على إصراره عليها، كان ذلك قبولاً ببطئها. ولئن جاز القول بأن المتهم قد يباشر أثناء محاكمته سلوكاً يدل على قبوله بترخيصها، إلا أن على القاضي أن يستخلص من الأوراق كل قرينة معقولة تناهض نزوله طوعية عن الحق في محاكمة سريعة.

ذلك أن للنزول عن الحقوق جميعها -على الأخص تلك التي يكفلها الدستور- لا يؤخذ تعملاً ولا يصار إليه لفتعلاً. بل يتعين في هذا النزول -أن يكون واضحاً ومقصوداً. وما النزول عن الحق، غير إسقاط له، فلا يفترض، بل تقوم القرينة على نقيضه، ما لم يظهر عكسها من الأوراق بدليل جازم لا يحتمل التأويل.

خامساً: وسواء تعلق تأخير الفصل في الاتهام للجلئي، بترافق النيابة العامة في عرض أدلتها؛ أو بتقصيرها في مواجهة الدفاع بشهودها؛ أو بتسويقها في تقديم الدليل على تكامل أركان الجريمة التي تدعيها؛ أم كان تأخير الفصل في هذا الاتهام راجعاً إلى المحكمة ذاتها من خلال إيقائها الاتهام مطلقاً بغير حكم يصدر عنها؛ فإن التأخير في هذه الصور جميعها، يعتبر مطلقاً غير مقبول من الناحية الدستورية، يصم للمحاكمة ذاتها بالبطلان.

سادساً: ويتعين في كل حال ألا يكون تأخير الفصل في الاتهام عرضياً. وهو يكون كذلك إذا كان مبرراً بأوضاع يشهد بها حال الجريمة من جهة تعقدها، أو تنوع أدلتها، أو

(١) يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة من الحقوق الأساسية التي تحفظ بها المسانير لمواطنيها. وقد تدخل الكونجرس الأمريكي بقانون لتنفيذ هذا الحق المقرر في التعديل السادس للدستور الأمريكي

طبيعة الخبرة العملية التي نديتها المحكمة لتعينها برأيها على فحص العناصر الفنية في الجريمة، أو لتحليل مسرحها، أو لحل عقبتها، أو لإظهار مزيد من أدلتها التي حاول الجناة إخفاءها. فذلك كله لا يشي بأن تأخير الفصل في الاتهام كان مقصوداً، إذ هو أوثق اتصالاً بالجريمة من جهة تحريها في كافة ظروفها، وما لحاط بها من أوضاع.

سابعاً: وكلما تركز الفصل في الاتهام الجنائي بغير مسوغ، ودل هذا التراخي على إعراض المحكمة عن واجبها في الفصل في الخصومة الجنائية المطروحة عليها خلال مدة معقولة - على الأخص إذا قام الدليل لديها على أن الشهود الذين يثبتون للتهمة أو ينفونها، لن يكون بوسعهم الحضور خلال زمن معقول - وجب عليها الإفراج فوراً عن المتهم. ولا يجوز بعد هذا الإفراج محاكمته مرة ثانية عن الجريمة ذاتها<sup>(١)</sup>.

ثامناً: أن بطء المحاكمة لغير مسوغ، يماثل في أثره اختزال مدتها دون ضرورة. ذلك أن تعجيل إجراءاتها، أو تطويلها، كلاهما يناقض الدستور إذا أخل بالحق في محاكمة منصفة، فلا تكون المحاكمة المنفذة ولا المترافعة، مطلوبة. وإنما اعتدال مدتها هو الضمان لإتصالها من خلال الفرص المتكافئة التي تعد للنيابة من خلالها قضيتها خلال فترة معقولة، وبما يوفر للدفاع الفرص ذاتها التي يواجه بها الاتهام بكل الوسائل القانونية التي يملكها، لتكون الكفالت متوازيتين في الحقوق التي تدور العدالة الجنائية من خلالها، ووفق مقاييسها الأكثر تحضراً وصرامة<sup>(٢)</sup>.

(١) Struck v. United States, 412 U.S. 434 (1973).

(٢) يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة لا ينشط إلا إذا اتهم الشخص جنائياً. United States v. Marion, 404 U.S. 307 (1971) إلا أن القضاء دوجلاس ومارشال وبرنار خلّفوا ذلك قائلين بأن الحق في محاكمة سريعة ينطبق كذلك على فترة ما قبل المحاكمة Pre-Trial indictment delays بفس تطبيقه على كل تأخير يقع بعد المحاكمة Post-indictment delays.

### المبحث الثالث

#### الحق في محاكمة علنية

#### The Right to a Public Trial

#### Le droit à un procès public

٨٤١- تتوخى هذه العالنية أن تكسر المحكمة جلساتها، وتبأشر إجراءاتها، وتتخذ التدابير اللازمة لضبط نظامها، أمام هؤلاء الذين يرتادون قاعاتها بقدر اتساعها، ويراقبون قضائياتها في كيفية تعاملهم مع المتهمين، والطريقة التي يتناولون بها القضية المطروحة عليهم، وتعليماتهم إلى هيئة المحلفين، ونطاق إحاطتهم بالتهمة التي يفصلون فيها، والحقوق التي يكفلونها لكل من النيابة ومتهمها، وبوجه عام الكيفية التي يديرون بها العدالة الجنائية لضمان تحقيق متطلباتها، وجوهرها أن يفصل بطريقة منصفة في كل اتهام<sup>(١)</sup>.

٨٤٢- ومن شأن علانية المحاكمة، أن تكون جلساتها مفتوحة للكافة فلا يرد عنها دهماء تقتحمهم العين وتزدرهم، ولا يؤثر الوجود بها تبجيلاً لهم وتوقيراً لمكانتهم<sup>(٢)</sup>.

ولعل أكثر المسائل إثارة للجدل في شأن علانية المحاكمة، هي التي تتعلق بما إذا كان للصحافة وغيرها من وسائل الأعلام، حق في النفاذ إلى جلساتها لنقل ما يدور فيها إلى القراء أو الناظرين. خاصة على ضوء المهام الخطيرة التي تتولاها وسائل الإعلام جميعها، والتي تؤثر في وجهة من يتلقون معلوماتهم عنها، ويندفعون إلى القبول بأرائها دون تقييم لها.

لقد تصور هذه الوسائل المتهمين وكأنهم رمز الخطيئة وبؤرة العصيان والتمرد على القيم الاجتماعية. وكثيراً ما تظهر الجريمة التي اتهموا بها في غير صورتها الحقيقية، ويقتد كبير من الإثارة والتهلويل. واهتمامها بضحائيا الجريمة، أكثر من اهتمامها بأوضاع المتهمين وظروفهم. وتعمد أحياناً إلى تطعيمهم من خلال عرضها لجرائمهم القديمة، وربطها بواقعيهم القاتم. فلا تكون سوابقهم هذه غير نذير شؤم يحدد مصائرهم سلفاً، ويعطي الانطباع بأنهم من غلاة المجرمين، وأن كافة جرائمهم تباور عقيدة إجرامية متصلة حلقاتها، متعددة جوانبها.

فإذا كان المتهم معروفاً من قبل لوسائل الإعلام بالنظر إلى جرائم خطيرة سابقة ارتكبتها، وكان لها أثر كبير في شهرته؛ فإن تناولها لسيرته يركز على جوانبها التي تثير

(١) يركز هذا الحق إلى ثقافتون العلم في إنجلترا. ومن الناحية التنفيذية، فإن الاتجاه العام في النظم الأنجلو-

مكسونيه هو النظر بلزوباب واحتقار إلى المحاكمات السرية التي درجت عليها النظم الأسبانية للتقبيية

Spanish Inquisition وهو ما يهدد الحرية.

(٢) In re Oliver, 333 U.S. 257, 266- 70 (1948).

حفيظة الجمهور. فلا تكون معالجتها للجريمة الجديدة وعرضها لها غير ليران توجعها، وتثير بها نقمة من يقرمون أخبار الجريمة أو يشهدون وقائعها، خاصة بعد وصفها للجناة بالدهاء والتحايل وبالقترة علي للتصل من مسئوليتهم عن الجريمة، وإلقاء تبعاتها علي آخرين.

وقد تردد وسائل الإعلام أقوال المتهم في الجرائم السابقة، وتربط بينها وبين الجريمة الجديدة، لتقيم من مجموعها دليلا علي سوء خلقه وعتو إجرامه. فلا تكون المحاكمة الجديدة، غير تعبير عن التغطية الإعلامية التي تضر بمركزه، ومجرد شكلية فارغ مضمونها. A hollow formality بعد أن أصدر الغوغاء حكمهم في الجريمة، واعتبروا فاعلها هو من اعتبر كذلك أمام الكاميرا.

وإذا تدين المحكمة أو هيئة المحلفين المتهم -لا بناء علي أدلة ناقشتها ومحصلتها- وإنما علي ضوء أجواء لوثتها وسائل الإعلام في شأن المتهم؛ ونقلتها إلي أذهان المحلفين ملبدة بها للطريقة التي يفكرون بها من جهة تشويهها لصورة المتهم، فإن قرار هيئة المحلفين لا يكون محايدا، بما يناقض الوسائل القانونية السليمة التي تلي أن تكون مصائر الناس ملقطة علي غير أفعالها، ولا تدين منها بناء علي صورة رسمتها وسائل الإعلام للجريمة المدعى ارتكابها لها ولا على ضوء جرائم سابقة سوء أدبين عنها أو لم يقد دليل عليها.

ولئن صح القول بأن هيئة المحلفين التي يوائم تشكيلها الفرائض الدستورية، هي الهيئة المحايدة في وجهتها، إلا أن ذلك لا يعني أن يكون ذهنها خاليا تماما من أية أفكار عن الجريمة قبل أن تتلقش أدلتها وتديرها علي حكم العقل. وإنما حسبها أن تتحي جلابا عن ذهنها كل انطباع سابق عن الجريمة، وأن تعرض لأدلتها. بما يفيد فهمها لها وتعمق حقائقها، وتقدير أثرها، ومقابلتها ببعض، ووزنها بطريقة موضوعية لا ميل فيها.

ويظل دائما من حق المتهم ومحاميه للتكليل علي أن قرار المحكمة أو هيئة المحلفين بإدانتته، ما صدر عنها إلا علي ضوء الأفكار السابقة التي تلقتها عن الجريمة، مما حور من عقيدتها، وألهمها هذا القرار<sup>(١)</sup>.

٨٤٣- ولا تزال أصلا تلك القاعدة التي تخول المحكمة حق إخضاع وسائل الإعلام لرقابتها التي تتوخى بها ضبط إيقاع جلساتها، وأن يركز القضاة والمحلفون اهتمامهم علي واقعة الاتهام وأدلتها، وأن تدار للعدالة الجنائية وفق متطلباتها، التي لا يجوز أن تسمو عليها لا الوظيفة التعليمية أو الانتقادية التي تقوم عليها وسائل الإعلام، ولا واجبها في نقل كل واقعة

(١) Murphy v. Florida, 421 U.S. 794 (1975).

تتعلق بالجريمة إلى الناس كافة. ذلك أن حق المتهم في محاكمة منصفة تتوافر لها ضوابطها وفق الدستور، مقدم علي حريتها في العمل.

ولئن جاز القول بأن الدستور لا يفرض علي الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام حظرا كاملا يمنعها به من عرض كل واقعة تناولتها النيابة أو للدفاع، وأن تنقلها إلى كافة تبصيرا بها؛ وكان من المقرر كذلك أن التغطية الإعلامية العريضة الاتساع، لها مخاطرها علي هيئة المحلفين وكذلك علي قضاء الجريمة، وأنها تحمل في شأياها أحيانا شبهة الفصل في الجريمة علي ضوء انطباع لا يتصل بأدلتها؛ إلا أن هذه المخاطر هي التي يتعين أن تنتظر المحكمة إليها بعين يقظة، وأن تدفعها بكل قوة لضمان حق كل منهم في ألا يفصل في التهمة الموجهة ضده إلا علي ضوء أدلتها ونصوص القانون التي تحكمها دون غيرها.

وليس ثمة مبرر بالتالي الحظر المطلق علي التغطية الإعلامية للجريمة، حتى مع صحة القول بأن لهذه التغطية مخاطرها بالنظر إلى أثرها علي المحلفين والقضاة الذين صاروا بسببها موجبين بعوامل خارجية لا صلة لها بالجريمة في ذاتها، ولا بأدلتها. ذلك أن هذه المخاطر لا تتحقق من جهة في كافة القضايا الجنائية؛ وإنما تتوافر في أكثرها استثارة لاهتمام الجمهور سواء بالنظر إلى وحشيته أو إلى ناعته ونصطاطها خلقياً ولجتماعياً. ويظل لكل من المتهم ومحاميه، حق كامل وأصيل في التكليل علي أثرها علي القضاء والمحلفين، وفي توافر الشروط التي يتطلبها الدستور في المحاكمة المنصفة.

ولا محل بالتالي لتقرير حظر كامل علي التغطية الإعلامية، ما لم يحم الدليل علي أنها في كل أحوالها، وكافة صورها، تؤثر بصورة موحدة لا مغايرة فيها في عقل المتهمين، والمحامين، والقضاة، والمحلفين، والشهود، وسلطة الاتهام، وأنها تحور كذلك من سلوكهم، لتصرفهم جميعا عن النظر إلى الجريمة وأدلتها، بما يخل بضوابط الحيطة التي يتعين أن يتحلي القضاة والمحلفون بها. وهو ما لا دليل عليه حتى في الجرائم العاطفية التي تثير اهتماما عريضا بين الناس، خاصة بعد تطور وسائل الإعلام علي نحو أتاح لها نقل ما يدور في المحكمة في غير جلبة، ودون أضواء مبهرة، وبطريقة متكئة، فلا تزدحم جلسات المحكمة برجال الصحافة وأقواتهم التي كانوا يشتتون بها من قبل لفتباه شهود الجريمة، والقائمين من رجال القانون بتحقيقها، والقضاة والمحلفين الذين يفصلون فيها.

٨٤٤- واليوم تحرص المحاكم جميعها، علي الحد من مخاطر التغطية الإعلامية في مجال الحماية التي توفرها لشهود الجريمة من الأطفال وضحايا الجرائم الجنسية- وكذلك

الشهود الذين يمقتون الأعضاء، ويصيبهم التوتر أو الفزع من نقل تفاصيل الجريمة وأحداثها من خلال الكاميرا.

٨٤٥- وحتى يتحقق التوازن بين التغطية الإعلامية الشاملة وبين حق المتهم في منعها، فإن سماع المحكمة لأقواله بالاعتراض عليها وتحقيقها، يكون واجباً.

وعليها بالتالي أن تسجل أوجه الاعتراض هذه في محاضر جلسات، وأن تعطى حقها من التحليل، لتحد بعدئذ من المخاطر التي يتوقعها أو لتتنبأها، إذ ليس ثمة دليل قطعي على أن مجرد وجود وسائل الإعلام في جلسات المحكمة، يخل بالضرورة بحيثتها. ويتعين بالتالي النظر في كل حالة على حدة على ضوء حقيقة يفرضها الدستور، حاصلها أن الجو المحيط بالمحكمة من خلال التغطية الإعلامية، لا يجوز بحال أن يصرقها عن حيثتها، ولا أن يخل بانتهابها ويقتلها، وأن التغطية الإعلامية -في ذاتها- لا تتكلسف للوسائل القاتلوية السليمة، ولا تفل بالضرورة بمطالباتها<sup>(١)</sup>.

وينبغي من ثم النظر إلى الحق في محاكمة مفتوحة، باعتباره حقاً لكل من المتهمين والجمهور؛ وأن نسلّم كذلك بأن وجود الصحافة والمراقبين المحايدين الذين يلحظون أو ينقلون ما يدور في جلسات، بكل معرفة وإعلان الطريقة التي تتعامل المحكمة بها مع القضية التي تنظرها؛ وأن حق المتهم في محاكمة منصفة، لا يقل شأنًا عن حق الصحافة في مباشرة مهامها، والتعبير عن رسالتها التي تنقلها إلى الجمهور<sup>(٢)</sup>.

٨٤٦- وعلى ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن علنية المحاكمة لازمها ألا يرد الجمهور عنها، وأن تكون قاعاتها مفتوحة للناس جميعهم بقدر استطاعتها. ذلك أن الأفراد جميعهم متكافئون في هذه الضمانة التي يتمتعون بها بناء على نص في الدستور؛ وبوصفها جزءاً لا يتجزأ من الوسائل القانونية السليمة. وبدونها يطل للحكم الصادر فيها، ولأها في حققتها ضمان لمراقبة قضاة المحكمة في عملهم وتصرفاتهم، وعلى الأخص في طريقة تعاملهم مع المتهمين والشهود، وإدراهم جلسات، وقد تقدم بالحود التي يقتضيها ضبطها، ومدى كفايتها للفرص التي يعطونها للمتنازعين أمامها.

وصار أصلاً حضور الجمهور جلسات، وبصرهم بما يدور فيها، وإحاطتهم بواقعاتها؛ حتى لا تكون سريتها بديلاً عن إعلانها؛ ولأن وقوعها وراء جدران مغلقة يجهل بها ويحيطها

(١) Chandler v. Florida, 449 U.S. 560 (1981).

(٢) Press - Enterprise Co. v. Superior Court, 478 U.S. 1 (1986); Estes v. Texas, 381 U.S. 532 (1965); Globe Newspaper Co v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982).

بالغموض؛ ويقوض حقوق المتهمين والمدعين. ولا يجوز بالتالي جعل جلساتها سرية إلا في أضيق الحدود، ولصون قيم عليا<sup>(١)</sup>. Higher narrowly tailored values.

ويحظر كذلك التمييز بين المواطنين في مجال حضور جلساتها. فلا يشهدا فريق من بينهم دون غيره، ولا في زمن من وقتها دون آخر، ولا ترد الصحافة أو غيرها من وسائل الإعلام عنها من خلال قيود ترقق أداها لرسالتها دون مقتض.

وبقدر نهوض الصحافة بمسئوليتها من خلال رصد كل واقعة في المحكمة تدخل في اهتمام قرائها، ولا تلونها بما يؤثر في عقيدة المحكمة، فإنها تكمل دور الجمهور في مراقبتها، وتحملها على أن تكرر جلساتها على نحو يحقق للعدالة أعلي مراميها وأرقى قيمها.

ويتعين بالتالي للنظر في سرية الجلسة وحرمان الجمهور والصحافة وغيرها من وسائل الإعلام من دخولها، وذلك على ضوء اعتبارين يشهد بهما تحقيق خاص تجريه المحكمة بنفسها لتقرر سرية الجلسة أو فتحها.

أولهما: ما إذا كان راجحاً بصفة جوهرية أن يضار حق المتهم في المحاكمة المنصفة إذا قررت المحكمة علانية جلساتها؛ وأن قفلها لضمان سرية ما يدور منها، يقلل من مخاطر العلانية أو يمنعها.

ثانيهما: ما إذا توافرت بدلائل منطقية يستعاض بها عن سرية الجلسة، وتكفل بطريقة ملائمة، حق المتهم في المحاكمة المنصفة<sup>(٢)</sup>.

There must be "specific findings" demonstrating first that there is a substantial probability that the defendant's right to a fair will be prejudiced by publicity that closure would prevent, and second that reasonable alternatives to closure, cannot adequately protect the defendant's fair trial rights.

٨٤٧- على أن علنية المحاكمة وضبط نظام جلساتها، أمران متلازمان. فالذين يثرون اضطراباً في الجلسة، أو يعوقون إدارة العدالة على وجه آخر، لا حق لهم في حضورها<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان موضوع الاتهام خلقياً، جاز إبعاد الإحداث عنها. ويجوز في كل حال إبعاد الخطرين عن المحاكمة، لأن الشهود قد يفزعون من مجرد وجودهم.

(١) Press- Enterprise Co. Superior Court, 464 U.S. 501, 510(1984) (Press- Enterprise 1).

(٢) Press- Enterprise Co Superior Court, 478 U.S. 1 (1986).

(٣) Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976); Walter v. Georgia, 467 U.S. 39 (1984).

وقد تخلى المحكمة قاعتها من بعض الحاضرين، إذا كان ذلك ضرورياً لتمكين الشهود أو المتهمين من الإدلاء بأقوالهم. وقد تزدحم القاعة بما يزيد على طاقتها، فلا يكون تنظيمها إهداراً للحق في محاكمة مفتوحة، بل إجراء ضرورياً.

وما لم تقرر المحكمة بنفسها جعل جلساتها سرية صوتاً للنظام العام أو لحرمة القيم الخلقية؛ فإن حرمان أشخاص بذواتهم -ولو بصفة مؤقتة- من حضور جلساتها دون مبرر معقول -كإثارتهم جلبه فيها- يكون محظوراً. وللتنزع في منعهم بأنهم قد يخرجون الشهود، ليس إلا لغواً.

ولأن أقرباء المتهم يشدون أزره بمجرد وقولهم إلى جانبه، فإن حرمانهم من دخول قاعة المحكمة، لا يكون مبرراً.

٨٤٨- ويفترض في كل محاكمة مغلقة، إضرارها بالمتهم وتقويضها لحقوقه، وعلى الأخص إذا تقرر حرمان محامييه وأسرته وأقربائه، من حضور جلساتها.

وتعتبر المحاكمة مخالفة للمستور، إذا أمر قضائها -دون مقتض- بإخلاء القاعة من الحاضرين، ولو لم يعترض المتهم على هذا الأمر. وكل قرار يصدر عن المحكمة بسرية جلساتها، يفيد بالضرورة حظر دخول وسائل الإعلام لقاعاتها، وحجبها بالتالي عن الاتصال بها ذلك أن سرية جلساتها لازماً منعها من حضورها، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر.

### المبحث الرابع

#### دور المحامين في الدعوى الجنائية

٨٤٩- إسهام المحامين في الخصومة الجنائية، ليس إجراء شكلياً. وإنما يبيلور في حقيقته تلك المعونة التي يقدمونها لموكليهم علي وجه يكفل فعاليتها<sup>(١)</sup>. ولا يجوز السلطة بالتالي أن تتدخل بوسائلها لمنعهم من إدارة الدفاع بالطريقة التي يرونها، ولا إجهاض قراراتهم التي يتخذونها استقلالا عنها، أو التأثير فيها<sup>(٢)</sup>.

والمحامون أنفسهم قد يخلون بواجبهم في تقديم العون للفعال لموكليهم. فقد يمثلون مصالح متعارضة، أو يهملون في أداء واجبهم. فلا يتابعون بعين يقظة مسار الخصومة الجنائية ومفاجأتها.

وكما كان دفاعهم معيباً بأن كان منطوياً علي أخطاء جسيمة لا تستقيم بها المحاكمة المنصفة، ولا يمكن الاطمئنان معها إلي نتيجتها، فإن كل حكم يدين موكليهم بالجريمة، يتعين أن يلغى.

ذلك لكل مهنة متطلباتها ومستوياتها. شأن مهنة المحاماة في ذلك، شأن غيرها من المهن في اقتضاياتها ممن يباثرونها أن يبذلوا جهداً معقولاً بدل علي قدرتهم علي مواجهة الاتهام بالجريمة، لا من منظور أكثر المحامين خبرة وفهماً بدقائق علم القائلون، وإنما علي ضوء أوساطهم الذين يديرون المهنة وفق مستوياتها المنطقية القائمة التي تلزمهم الحرص علي مصالح موكليهم، والدفاع عنهم بالهمة الكافية، وإحاطتهم بكل تطور مؤثر في الخصومة الجنائية، وأخذ رأيهم في كل قرار يتصل بإدارة الدفاع عنهم، متخذين من مهارتهم ومعلوماتهم طريقاً إلي تحقيق الأغراض التي يستهدفها النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية، والتي تتمثل في أن تكون نتيجة الفصل في الخصومة الجنائية، معبرة عن حقيقة مجرياتها قدر الإمكان.

٨٥٠- وليس ثمة قواعد قانونية جاهزة يمكن علي ضوءها الفصل فيما إذا كان المحامون قد أخلوا بواجبهم أو التزموه، وعلي الأخص في نطاق الخصومة الجنائية التي تتنوع قراراتهم بشأنها وفق ما يراه كل منهم أكثر ملاءمة لمصلحة موكله. بل إن وجود مثل هذه القواعد الجامدة يخل باستقلال المحامين، وينطوق السلطة التقديرية العريضة التي يملكونها والتي يحددون علي ضوءها، ما ينبغي عليهم أن يتخذوه من قرارات في شأن موكليهم، بما في ذلك تلك التي يناوون بها لضمان قرص أفضل للدفاع عن مصالحهم.

(١) W. Beane, The Right to Counsel in American Courts (1955) pp. 8-26, 29-30.

(2) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

٨٥١- وينبغي أن يكون واضحاً أن المعونة الفعالة التي لا يجوز للزول عنها في مجال دفاع المحامين عن موكلهم<sup>(١)</sup> Effective Assistance of Counsel، لا يراد بها ضمان الفضل تمثيل لهم، وإنما يندرج هدفها في ضمان محاكمتهم بطريقة منصفة. فإذا واه المحامون، فإن دورهم في الدفاع عن المتهمين، يكون قد اكتمل. ويفترض -وكأصل عام- وقائعهم بواجبهم في الدفاع عن موكلهم. وهو افتراض لا يجوز أن ينقض، إلا إذا أقام المتهم الدليل على أن محاميه -في نطاق الخصومة الجنائية التي مثله فيها، وعلى ضوء ظروفها- لم يحط بها عن بصر وبصيرة، وقصر بالتالي في إيفائها حقها من الاهتمام. على أن يكون ملحوظاً أن تسليط الضوء على كل صغيرة وكبيرة أدار بها المحامون دفاعهم، يقوض استقلالهم، ويهدم الثقة بينهم وبين موكلهم، ويمنعهم من قبول بعض القضايا التي لا يطمحون إلى رجحان احتمال كسبها، ويحرض موكلهم على سوء الظن بهم إذا ما خسروها. ولا تعتبر أخطاء المحامين جميعها -حتى ما كان منها مخالفاً أصول المهنة ومتطلباتها- مستوجبة نقض الحكم المطعون فيه. ذلك أن أداء المحامين لواجبهم يتوخى ألا يضار المتهمون من جراء التقصير فيه. فإذا لم يكن مضمون الحكم الذي دان موكلهم ليتخير ولو بذل محاموهم العناية الواجبة، فإن نقض هذا الحكم يكون عقيم الفائدة.

٨٥٢- وإذا كان الأصل هو افتراض أداء المحامين لواجبهم، إلا أن القرينة العكسية تقوم في حقهم حال تمثيلهم مصالح يناقض بعضها البعض Conflicts of interest، إذ يفترض إضرارهم بموكلهم إذا كان المحامي قد باشر دوراً فعالاً في تمثيل هذه المصالح، وكان التعارض القائم بينها قد انعكس سلباً على أدائه.

وفيما وراء دائرة المصالح التي يناقض بعضها البعض، والتي يفترض للضرر بتمثيلها، فإن على المتهم أن يقيم الدليل على ما حاق به من ضرر من جراء إخلال المحامي بواجبه. ذلك أن الحكومة لا تعتبر مسئولة عن أخطاء المحامين التي ينجم عنها نقض الحكم، وليس باستطاعتها كذلك أن تمنعها. فضلاً عن أن هذه الأخطاء تتنوع، وكثيراً ما يكون الضرر الناتج عنها غير مؤثر في نتيجة الحكم الصادر ضد المتهم. ويتعذر تصنيفها بوصفها من قبيل الأخطاء التي يكون الضرر بسببها واضحاً، ولا تحديدها على نحو يدعو المحامين إلى تجنبها. وينطبق ذلك سواء كان المحامون مأجورين من موكلهم ومختارين من قبلهم Retained of

(١) McMann v. Richardson, 397 U.S. 45 (1932); Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942).

one's choice and at one's expense أم كانوا معينين من المحكمة التي يمثلون المتهم ألسمها<sup>(١)</sup>.

فالمحكمة فن، وما يعتبر خطأ من المحامين في قضية ما، قد يكون إيهاراً في غيرها. ويتعين بالتالي أن يقيم المتهم الدليل ليس فقط على أن محاميه جاوز بأخطائه، واجباته المهنية وفق متطلباتها المنطقية، بل كذلك على تأثيرها سلباً على موقفه في القضية التي تناولها.

ويتحقق ذلك إذا أقام المتهم الدليل على أن ثمة احتمال معقول يرجح القول بأن مصير الخصومة الجنائية كان ليتغير لولا الأخطاء المهنية لمحاميهِ<sup>(٢)</sup>. كأن ينال المتهم على أن اعتباره مسؤولاً عن الجريمة، كان سيصير في الأرجح مشكوكاً فيه، إذا كان الدفاع قد خلا من الأخطاء التي انزلق فيها<sup>(٣)</sup>.

ويفترض للقول بالانزلاق المحامي إلى أخطاء لو كان قد تجلبها لتغير وجه الرأي في الدعوى، أن يكون مائلاً في كافة الإجراءات الجنائية متصلاً بها، وألا يكون المتهم قد نزل عن اختياره بإرادة حرة مدركة Intelligent Choice<sup>(٤)</sup>.

(١) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

(٢) يؤخذ بهذا المعيار كذلك في المعلومات التي تحجبها النيابة عن الدفاع، وكذلك في الشهود الذين تطردهم الحكومة من البلاد حتى لا يشهدوا لصالح المتهمين. إذ يتعين لفساد الإجراء في الحالتين، أن يقوم الدليل على أن مسار الخصومة الجنائية كان ليتغير لو لم تتخذ النيابة أو الحكومة هذا الإجراء.

(٣) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

(٤) ويلاحظ أنه في قضية:

Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938)

وفي قضية Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963) تقرر كذلك هذا الحق للقراء.

### المبحث الخامس

#### الحق في محاكمة يتوافر لقضايتها الاستقلال والحيدة الكاملان

٨٥٣- تنص المادة ١٦٦ من الدستور على أن القضاء مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأى سلطة التدخل في القضايا أو شئون العدالة.

ويفترض هذا النص أن ضمان استقلال القضاء عاصم من التدخل في وظائفهم تحريفاً لها أو إخلالاً بمقرماتها، وأن القرار النهائي في شأن حقوق الأفراد وحرياتهم، بأيديهم، وأنهم هم الذين يردون صور العوان عليها، ويقدمون الترضية القضائية التي يكفلها الدستور أو القانون لهؤلاء الذين يلونون بهم، لا يكتفيهم عن ذلك أحد، ولا تمنعهم جهة أيا كان شأنها عن أداء واجبهم.

ذلك أن استقلال السلطة القضائية موداه أن يكون لقضايتها الكلمة النهائية في كل نزاع يعرض عليها، وأن يكون تقدير ولعة النزاع وتطبيق حكم القانون عليها حقا خالصا لهم لا يشوبه تأثير، أو إغواء، أو تدخل، أو ضغط، أيا كان نوعها، أو مداها، أو مصدرها، أو سببها، أو صورتها، ما يكون منها مباشراً أو غير مباشر.

ومما يميز هذه الضمانة ويؤكددها، أن استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، موداه أن تتبسط ولايتها على كل مسألة من طبيعة قضائية؛ وأن يكون استقلال أعضائها كاملاً قبل بعضهم البعض. فلا تتأثر أحكامها بموقعهم من رؤسائهم أو أقرانهم، على ضوء تدرجهم وظيفياً فيما بينهم.

ويتعين على السلطة التنفيذية بوجه خاص، ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قراراً قضائياً قبل صدوره؛ أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنفيذاً كاملاً.

وليس لعمل تشريعي أن ينقض قراراً قضائياً؛ ولا أن يحور الآثار التي رتبها؛ ولا أن يعدل من تشكيل هيئة قضائية ليؤثر في أحكامها.

ويتعين دوماً أن يكون إسناد القضايا إليهم وتوزيعها فيما بينهم عملاً دخلياً محضاً، فلا توجه سلطة دخيلة عليهم أيا كان وزنها. ولا يجوز كذلك -في إطار هذا الاستقلال- تأديبهم إلا على ضوء سلوكهم الوظيفي؛ ولا عزلهم إلا إذا قام الدليل جلياً على انتفاء صلاحيتهم؛ ولا خفض مدة خدمتهم أثناء توليهم لوظائفهم؛ ولا تعيينهم لأجال قصيرة يكون عملهم خلالها موقوتاً؛ ولا اختيارهم على غير أسس موضوعية تكون الجدارة والاستحقاق مناطها.

ويجب بوجه خاص أن توفر للدولة لسلطتها القضائية بكل أفرعها - ما يكفيها من الموارد المالية التي تعيها على أن تكبر بنفسها عدالة مقننة، وإلا كان استقلالها وهما.

٨٥٤- على أن استقلال السلطة القضائية، وإن كان لازماً لضمان موضوعية الخضوع للقانون، ولحصول من يلونون بها على الترضية القضائية التي يطلبونها حال وقوع عدوان على حقوقهم أو حرياتهم، إلا أن حيديتها عنصر فاعل في صون رسالتها لا يقل شأناً عن استقلالها، بما يؤكد حقيقة أن حيديتها القضاء واستقلالهم قسيما متكاملان ومنظاهران، فلا ينفصل أحدهما عن الآخر<sup>(١)</sup>.

ولئن كان بعض الفقهاء يولون عنايتهم لاستقلال السلطة القضائية، ولا يعرضون لحيديتها إلا بصورة جانبية، ويمزجون بينهما أحيانا، إلا أن التمييز بين مفهوم استقلال السلطة القضائية وحيديتها، يعين أن يكون فاصلا بين معنيين لا يتداخلان، ذلك أن استقلال السلطة القضائية، يعني أن تعمل بعيدا عن أشكال التأثير الخارجي التي توهن عزائم رجالها، فيميلون معها عن الحق إغواء أو إرغاماً، ترغيباً أو ترهيباً.

فإذا كان تصرفهم عن إنفاذ الحق، تحاملا من جانبهم على أحد الخصوم، وانحيازاً لغيره، لمصالح ذاتية أو لغيرها من العوامل الداخلية التي تثير غرائز ممالأة فريق دون آخر؛ كان ذلك منهم تغليباً لأهواء النفس، منافياً لضمانة التجرد عند الفصل في الخصومة القضائية، مما يخل بحيادهم<sup>(٢)</sup>. يؤيد ذلك:

أولاً: أن استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاء، وإن كتلتها المادتان ١٦٥ و ١٦٦ من الدستور، توقيماً لأي تأثير محتمل قد يميل بالقضاء عن ميزان الحق انحرفاً؛ إلا أن الدستور نص كذلك على أنه لا سلطان على القضاء في قضائهم لغير القانون.

وهذا المبدأ الأخير لا يحمي فقط استقلال القضاء، بل يحول كذلك دون أن يكون العمل القضائي وليد نزعة شخصية غير متجردة. وهو أمر يقع غالباً إذا فصل القاضي في نزاع سبق أن أبدى فيه رأياً. ومن ثم تكون حيديتها القاضي شرطاً لازماً دستورياً لضمان ألا يخضع القاضي في عمله لغير سلطان القانون.

(١) انظر في استقلال المحكمة وحيديتها، الحكم الهام الذي أصدرته المحكمة الدستورية العليا بجلستها المقنونة في ١٥/١٩٩٦ في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية وهو منشور في ص ٧٦٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها - قاعدة رقم ٤٩.

(٢) الحكم السابق ص ٧٧٩ من الجزء السابع.

**ثانياً:** ما قرره إعلان المبادئ الأساسية في شأن استقلال القضاء التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها الصادرين في ١٩٨٥/١١/٢٩ و ١٩٨٥/١٢/١٣. وهما قاطعان في أن القضاء يفصلون بحيثهم، في كل خصومة قضائية تعرض عليها على ضوء وقائعها ووفقاً للقانون، غير مدفوعين بتحريض، أو معرضين للتدخل بلا حق، أو محمولين بقبول أو بتهديد أو بضغوط أيا كان مصدرها أو سببها، ما كان منها مباشراً أو غير مباشر.

**ثالثاً:** أن نطاق ضمانتي استقلال السلطة القضائية وحيثتها بالخصومة القضائية، وانصبابهما معا على إدارة العدالة ضماناً لفعاليتها، موداه بالضرورة تلازمهما، فلا ينفصلان. ومن غير المتصور أن يكون الدستور دائماً بالسلطة القضائية عن أن نقوض بنيانها عوامل خارجية تؤثر في رسالتها، وأن يكون إصالتها الحقوق لذويها، مهدداً بالتواء ينال من حيده وتجرد رجالها. وإذا جاز القول -وهو صحيح- بأن الفصل في الخصومة القضائية -حقاً وعدلاً- لا يستقيم إذا دخلتها عوامل تؤثر في موضوعية للقرار الصادر عنها، أيا كانت طبيعتها، وبغض النظر عن مصدرها، أو دوافعها، أو أشكالها؛ فقد صار أمراً مقضياً أن تتعادل ضمانا استقلال السلطة القضائية وحيثتها في مجال اتصالهما بالفصل في الحقوق انتصافاً لأصحابها، وترجيحاً لحقيقتها القانونية، لتكون لهما معاً القيمة الدستورية ذاتها، فلا تعلق لإحداها على أحرأها أو تجبها، بل يتضامان تكاملاً، ويتكافآن قرأً.

**رابعاً:** أن ضمانات المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور بنص المادة ٦٧، تعنى في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن يكون لكل خصومة قضائية قاضياً ولو كانت الحقوق المثاره فيها من طبيعة مدنية- وأن تقوم على الفصل فيها-علانية وإضافاً- محكمة مستقلة ومحيدة ينشئها القانون، يتمكن الخصم في إطارها من إيضاح دعواه، وعرض أدلتها، والرد على ما يعارضها من أقوال غرملته أو حججه على ضوء فرص يتكافلون فيها جميعاً، ليكون تشكيلها، وقواعد تنظيمها، وطبيعة للنظم المعمول بها أمامها، وكيفية تطبيقها عملاً، مبلوراً للعدالة مفهوماً تديماً يلتزم مع المقاييس المعاصرة للدولة المتحضرة.

**خامساً:** أن مفهوم حق التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، موداه أن مجرد النفاذ إلى القضاء لا يعتبر كافياً لصون الحقوق التي ترتد في وجودها إلى النصوص القانونية. وإنما يعين دوماً أن يقتزن هذا النفاذ، بإزالة العوائق التي تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة من العلول عليها، وبوجه خاص ما يتخذ منها صور الأشكال الإجرائية المعقدة، كي توفر الدولة للخصومة في نهاية مطالها حلاً منصفاً يقوم على حيده المحكمة

واستقلالها، ويعكس بمضمونه، للتصوية التي يعمد الخصم إلى الحصول عليها بوصفها  
الترضية القضائية التي يطلبها.

مبدأ: أن القيود التي فرضها الدستور على المشرع لحماية استقلال السلطة القضائية  
وحيدتها -لا نقضها أو انتقاصها من أطرافها- لا يجوز الخروج عليها<sup>(١)</sup>. ويعتبر إخلالاً  
بحيدة المحكمة أن تقوم بين أحد قضائتها، وبين للمتهم الممثل لألمها أو أحد الشهود، عداوة أو  
مودة لا يستطيع معها -فى الأرجح- للحكم فى الخصومة الجنائية بغير ميل -إيجابيا كان أم  
سلبيا.

ذلك أن ميزان الحق لا يستقيم مع وجود ميل يكون عاصفاً بالحق، أو مقيداً من محتواه،  
ولو لم تصل العداوة إلى حد الخصومة الجارحة، ولا المودة إلى حد مؤالكة المتهم أو أحد  
الشهود أو قبول قضائتها هدايا منهم أو مسا كفتهم، سواء كان ذلك قبل رفع الخصومة الجنائية  
أو بعدها.

وليس شرطاً فى المودة بالتالى أن نكل القرائن على متانتها ووثاقها، ولا أن تكون  
العدوة جامحة فى عمقا وشدتها. بل يكفى أن تقوم المودة أو العدوة فى نفس القاضى، إذا  
كان من شأنها انحراجه بسببها عن ميزان الحق<sup>(٢)</sup>.

وهو ما يتحقق كذلك إذا كان للقاضى مصلحة مالية مباشرة فى الفصل فى الخصومة  
الجنائية بما يضر بحرية المتهم أو يقيد من ملكيته.

٨٥٥- ومما ينافى حيدة المحكمة كذلك، انتقاء المحلفين أمامها من جهة أو فئة بعينها،  
واستبعاد أشخاص من تشكيلها بالنظر إلى عرقهم أو أصلهم، وعلى الأخص كلما كان هذا  
الاستبعاد مقصوداً Deliberate ومنهجياً Systematic وتحكيمياً Arbitrary. ويعتبر تصنيفهم  
بالنظر إلى أعرافهم أو أصولهم أو غير ذلك من الأغراض المجافية للمنطق، تمييزاً مخالفاً  
للدستور.

ولا يجوز بالتالى تكوين هيئة المحلفين من قطاع بعينه من المواطنين، وإن جاز الطعن  
فى حيدة بعضهم، لضمان إقصائهم عن تشكيلها. ذلك أن تكوين هذه الهيئة وفقاً للدستور،  
يفترض تأليفها من أشخاص لا يمعون للفصل فى الاتهام الجنائى على نحو معين. فإذا دل

(١) نظر فى ذلك من ٧٧٩-٧٨٢ من الحكم السابق.

(٢) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٦/١١/١٩٩٦- قاعدة رقم ١٢- ص ١٨٢ وما  
بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

تشكيلها على ميل أعضائها عن الحق انحيازاً من جانبهم لعرق معين أو لطبقة بذاتها، بل للقرار الصادر عنها.

كذلك فإن قطعهم بآراء بذواتها في شأن الجريمة المدعى بها، وقيل بسط حقيقتها عليهم، يمنهم -نـى الأرجح- من الدول عن العقيدة التي كونوها سلفاً، بما يبطل المحاكمة في كافة إجراءاتها، هي والحكم الصادر فيها<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك آراء مبدئية تدخل أحد المطفين أو بعضهم في شأن الاتهام الجنائي قبل الفصل فيه، إذا لم تكن في مجملها غير انطباع عام عن الجريمة ومرتكبها، قلما يصمد أمام التحليل الدقيق لواقعاتها، والعرض الأمين لأدلتها. فلا يكون هذا الانطباع العام غير تصور أولي يحتمل الخطأ لصورة الجريمة وجناتها. والقول بضرورة أن تصفو أذهانهم من كل انطباع عنها، وأن يفصلوا في أمر ثبوتها أو انقائها وكلهم قبل مجلسهم في هيئة المطفين لم يسمعوها عنها شيئاً، ولم يتصل بهم أمر يتعلق بها، ليس (إلا تكليفاً بما لا يطلق).

٨٥٦- على أن حيدة المحكمة قد يشوهها رصد أجهزة الإعلام والتلفزيون على الأخص من بينها<sup>(٢)</sup> - لكل ما يدور بها إلى حد للتغطية الشاملة لواقعاتها، بما يؤثر في الأعم من الأحوال - على نوعية للشهود الذين يمثلون أمامها، وكذلك على نوع شهادتهم التي يملون بها، وعلى الأخص إذا كان بعض الشهود خجلين بطبيعتهم، أو كانوا من المظهرين الذين تعجبهم صورتهم، ونشر وسائل الإعلام لها أثناء شهادتهم.

فالمخجلون من الشهود مترددون بطبيعتهم. ويزداد ترددهم عمقا إذا بان لهم أن وسائل الإعلام تنقل شهادتهم. ولا كذلك من يعجبهم للتظاهر ثباها بنشر الإعلام لصورهم. إذ غالباً ما يركزون على أوضاعهم أثناء الشهادة أكثر من التركيز على مضمونها والإدلاء بما سمعوه أو عرفوه عن الجريمة، أو شاهدوه أثناء ارتكابها.

٨٥٧- وكلما كان المتهم شخصية معروفة لها دورها المشهود في العمل العام، أو كان لها شهرتها في مجال الجريمة المنظمة، أو كان قد أُنقن للتخطيط لها أو برع في تنفيذها، وكان قضاء الجريمة لم يركزوا أذهانهم عليها بعد أن شنتها وسائل الإعلام المترجمة على نشر كل تفاصيلها، والطاغية في قوة تأثيرها، فإن محاكمة المتهم عن هذه الجريمة تتخذ صورة شكلية مجافية لإصافها.

(1) Duncam v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968).

(2) ولا ينبغي ذلك حق الصحافة في دخول قاعة المحكمة لمراقبة وتسجيل ما جرى فيها  
Richmond Newspapers, Inc v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980).

ومما ينال من حيدة المحكمة كذلك، أن تفرض الجماهير سيطرتها عليها من خلال آرائهم التي يعبرون بها عن مسخطهم على الجريمة، وثورتهم على مرتكبيها، وهاجهم داخل قاعة المحاكمة وخارجها طلباً للقصاص منهم، وللتكيد بهم، ولو عن طريق أوراق يطبعونها ويوزعونها على المارة.

ذلك أن للمحاكمة الجنائية لا يقيمها تأثير ضار يكون عاصفاً بالوظيفة التي تقوم عليها، وعلى الأخص كلما كان من شأن هذا التأثير أن يفقد المتهمون لطمئنائهم، وأن يعجز الدفاع عن أن يقدم لهم المعاونة الفعالة التي يتوقعونها، وأن يتضاعف بالتالي احتمال الحكم ببراءتهم.

فلا تكون الجماهير لقضاية غير معول هدم للحقيقة القضائية التي توازن -في محصلتها النهائية- أدلة الجريمة بتلك التي تنفيها، وتقليل شهادة الشهود ببعضها، وترجح ما تراه صائبا منها، فلا يكون الحكم ملونا بأجواء مليدة، فرضتها الجماهير على المحكمة بقصد توجيهها وجهة بعينها تقرر هي صوابها، بعد أن طبعتها بتصورها الخاص، وبعواطفها المتأججة، وبزوعها إلى البطش بالمتهمين. وهو ما ينافي حقيقة أن كل اتهام جنائي يقتضى تحقيقاً مادنا يوزن فيه كل دلول بقرره. فلا تؤثر فيه عوامل لا صلة لها به، ويندرج تحتها تلك الأجواء الصاخبة التي تحيط بالمحلفين والدفاع، والتي يتعين على المحكمة أن تبذل جهدها لإجهاضها بما يكون ملائما من التدابير، كعزلها المحلفين والشهود في أماكن تعصمهم من احتمال التأثير عليهم؛ وحجبهم كذلك عن الاتصال بوسائل الإعلام على اختلافها؛ وتقيد المعلومات التي تنشرها في شأن الجريمة، وعلى الأخص تلك التي تنقلها عن المحامين والنيابة العامة ورجال الشرطة؛ إذا أساء نشرها للمتهمين، أو شوه سمعتهم، أو حرض آخرين عليهم، أو عرض للخطر الحماية القضائية للشهود التي تؤمنهم من كافة المخاطر التي تنال من حريتهم، أو التي تؤثر في شهادتهم<sup>(١)</sup>.

إذا تعذر على المحكمة أن تتخذ مثل هذه التدابير، أو بان لها عدم جدواها، يتعين أن تتم المحاكمة في مكان آخر، وفي أجواء أفضل *Changing the Venue of the trial* حتى يتوافر للمتهمين الحد الأدنى من الحقوق التي يكفلها الدستور لهم، والتي يأتي الحق في سماع أقوالهم في مقدمتها.

(١) Moore V. Dempsey, 261 U.S. 86 (1923).

المبحث السادسحق للمواجهةThe Right to Confrontation

٨٥٨- ولأن الأصل في كل محكمة جنائية هو شفوية إجراءاتها حتى تكون المحكمة عقيدتها من التحقيق الذي تجريه بنفسها في جلساتها؛ وكان التحقيق الابتدائي -وهو مدون بالضرورة- لا يحل محل المحكمة في أية مرحلة من مراحلها، ولا هو بديل عنها، بل يمد لها، وقد لا يؤخذ به<sup>(١)</sup>؛ فإن مواجهة المتهم للشهود في مرحلة التحقيق الابتدائي، لا تفيد النزول عن هذا الحق أثناء الفصل في الاتهام<sup>(٢)</sup>.

فضلاً عن أن مرحلة التحقيق الابتدائي يعيها تسرعها، ولمطبتها، وعدم تعمقها حقائق الاتهام بما يحيط بجوانبها المختلفة، وتشم كذلك بقصور معلوماتها في شأن الجريمة، فلا يلم للدفاع بحقيقة أوضاعها بصورة كافية.

٨٥٩- وتفترض مواجهة الشهود، أن يكون بإمكان الدفاع تنفيذ أقوالهم، ومقارعتها بالحجة التي تنفيها. فإذا كانوا غائبين، أو تعذر العثور عليهم، أو كانوا من غير المواطنين الذين أباحتهم الدولة عن إقليمها حتى لا يناقشهم الدفاع عن المتهمين، فإن التعويل على أقوالهم يكون لغواً. ذلك أن تكذيبها في هذه الأحوال -من خلال شرط المواجهة- يكون غير متصور<sup>(٣)</sup>.

٨٦٠- ولا يجوز بالتالي -كأصل عام- تأسيس إدانة المتهم على أقوال لأشخاص تعذر حضورهم لمواجهتهم بالشهادة التي أدلوا بها، وتجريحها.

ذلك أن غيابهم ينفي فرص تعييبها، ويقيتها على حالها دون خوض في دلائلها، ولا في صحتها. وهو ما تأباه الأنظم العقابية جميعها التي تنتظر إلى شرط المواجهة باعتباره جزءاً من

(١) انظر في ذلك ص ٦٠٢ من مؤلف الأستاذ الدكتور/ عوض محمد عوض في المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية- طبعة ١٩٩٩- دار المطبوعات الجامعية.

(٢) ومن قبيل النزول عن حق المواجهة أن تقرأ لثبابة- بمولقة المتهم أقوالاً أدلى بها شاهد غائب في إجراءات سابقة على المحكمة، أو أن تقرأ لثبابة- بمولقة المتهم - بيانا بالشهادة التي وقع عليها الشاهد والتي كان يبدى بها لو كان حاضراً. ويثير كذلك نزولاً عن الحق في مواجهة الشهود الذين أدلوا بشهادتهم في غيبة المتهم، أن يختار المتهم بإرادته عدم الحضور أثناء محاكمته. وهو يتخلى كذلك عن هذا الحق إذا لم يطلب في وقت ملائم مترجماً لترجمة أقوال شاهد لا يفهمها.

(٣) Kirby v. United States, 174 U.S. 47 (1899); Pointer v. Texas, 380, U.S. 400 (1965).

مكوناتها، وثيق الصلة بالحق في الدفاع، وبالحق في محاكمة منصفة يتوافر لكل متهم خلالها، الحق في سماع أقواله. ومن ثم ينحصر إعمال شرط المواجهة في النظم العقابية دون غيرها. فلا يكون للعاملين المدنيين في الدولة حق تطبيقه في مواجهة رؤسائهم الذين فصلوهم من وظائفهم، وإن قال آخرون بأن هذا الشرط لازم، ولو كان الإجراء إدارياً، كرفض قيد محام في الجدول أو إسقاط عضويته في النقابة بعد ثبوته<sup>(١)</sup>.

٨٦١- كذلك تبطل كل شهادة حجبها المحكمة عن الدفاع. ذلك أن إخفاءها يجهل بها، فلا تتاح فرص مواجهتها لبيان وجه الحق فيها. يؤيد ذلك أن شرط المواجهة مؤداه ألا تدأر المحاكمة الجنائية بطريق الخداع. ومن صورته إخفاء النيابة للأدلة للجريمة التي يبدها عن متهمها، أو إخفاء المتهم عنها للأدلة التي يحوزها وتتفحصها. ذلك أن حق كل من الدفاع والنيابة في الاطلاع عليها، حق أصيل. ويفترض هذا الحق أن يتبدلا كشفها إلي أقصى حد مستطاع عملاً على تقدير أن قبض أحدهما في يده على أدلة الجريمة وإخفاؤها عن الآخر، مؤداه أن يفاجأ بها أثناء المحاكمة بما يعجزه عن أن يوفر وقتاً كافياً لبناء دعواه.

#### ويظهر ذلك على الأخص من النواحي الآتية:

أولاً: أن المتهمين بالجريمة قد يشهدون بأنفسهم، أو يأتون بشهود لنفيها، بقصد تقليل مخاطر إدانتهم. فإذا قرروا إحضار الشهود الذين ينفيونها، تعين عليهم إخطار النيابة بأسمائهم حتي تعد معلوماتها عنهم، وعن ماضيهم في الجريمة إن كانوا قد ولفوا فيها، ولتواجههم بنفسها لتجريح أقوالهم ونفي مصداقيتها. ولا يعتبر ذلك حملاً للمتهمين على الشهادة ضد أنفسهم بما يدينهم.

وقد تكون الأدلة التي بيد النيابة، والتي جمعها قبل محاكمتهم، متكاملة قوية دعائهم. فلا يكون أمام المتهمين من خيار إلا التلذذ على غيابهم عن مسرح الجريمة لوجودهم مع آخرين في مكان آخر وقت الجريمة، أو تقديم شهود ينفون الجريمة عنهم، ولو كان لجوءهم لهؤلاء للشهود قد أفضى إلي كارثة حقيقية بعد أن تطرق الخلل إلي شهادتهم.

فإذا ما اختار المتهمون للركون إلي حجة غيابهم عن مسرح الجريمة وقت ارتكابها، كان عليهم إخبار النيابة بأسماء هؤلاء الآخرين الذين كانوا معهم، حتى تناقشهم النيابة وتكحض أقوالهم The notice of alibi.

(١) United States v. Hicks (1930, CA9 Ca 1) 37 F 2d 289, 292.

ثانياً: لا يجوز للنيابة أن تتخلص مما بيدها من الأدلة التي يفيد المتهم منها، بالنظر إلى صلتها ببراءة المتهم من الجريمة التي اتهم بارتكابها Exculpatory evidence.

ذلك أن العدالة الجنائية لا يجوز ههما من خلال إخفاء للقرائن أو الأدلة الطرفية للدافعة للجريمة. وليس واجبا على النيابة في هذا المقام، أن تقدم للمتهم ملفا كاملا بالقضية؛ وإنما يكفيها أن تمدد بالأدلة التي يفيد منها، والتي يضر لإجهاضها بحقه في محاكمة منصفة.

ومن ذلك إخفاء للنيابة أدلة عن المتهم إذا كان من شأنها التلليل على أن شهود النيابة لهم مصلحة في إفلاته. ذلك أن الشهادة للكتابة تؤثر بالضرورة في نتيجة الحكم، ويتناقض كذلك شرط الوسائل القانونية السليمة، ولا يمكن الاعتماد عليها، أو الاطمئنان لها، بالنظر إلى أثرها في توجيه المحكمة وتكوين عقيدتها إذا ظل كذبها خافيا عليها، خاصة إذا كان شهود النيابة ما كانوا ليشهدوا لصالحها لولا عرضها عليهم، أن تقلعهم من جريمة دخلوا فيها، أو أن تتهمهم بجريمة عقوبتها أقل من تلك التي ارتكبوها.

يؤيد هذا النظر أن المحاكمة الجنائية لا تتوخي أكثر من إطلاق سراح الأبرياء، وتقرير مسؤولية الجناة عن جرائمهم. وكلما وجد بيد النيابة دليل لمصلحة المتهم، فإن كشفها عن هذا الدليل سلفا، يجعل الطريق إلى إظهار الحقيقة، أو على الأقل قد يثير شكوكا لها وجاهتها حول مسؤولية المتهم عن الجريمة التي اتهم بها.

ثالثاً: أن مواجهة الشهود لإجراء يحتمل إلى العقل ومنطق الأمور، وما يتوخاه هو معرفة قدر الصدق في شهادتهم، حتى لا يؤخذ بالشهادة التي قام الدليل على كذبها<sup>(١)</sup>.

٨٦٢- ومن ثم كان لكل منهم، حق في مواجهة شهود الاتهام، كي يناقشهم في أقوالهم ويقيم الدليل على اضطرابها، أو تناقضها، أو تحاملها، أو وهنها. وله أن يعارضها على الأخص بقرائن يقدمها، ويأورق تكذيبها، وأن يردها بخير ذلك من الوسائل التي تسقطها، كالتلليل على زيفها ومجافاتها للحقيقة، سواء في كافة تفصيلاتها، أو في بعض أجزائها.

ولا يقصد بمواجهة الدفاع للشهود غير استجوابه لهم، لبيان وجه الحق في أقوالهم، بشرط ألا تكون الأسئلة التي يوجهها الدفاع لهم، مكررة أو لا صلة لها بالجريمة، أو منطوية على التحرش بهم.

(١) Barber v. Page, 390 U.S. 719 (1968); Smith v. Illinois, 390 U.S. 129 (1968); Alfred v. United States, 282 U.S. 687 (1931); In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

ولا كذلك تعمق أقوالهم ليس فقط لإظهار قدرتهم على الفهم العام، وإمكان استيعابهم ما يدور من حولهم؛ ولكن كذلك نيلاً من مصداقيتهم، كالتكليف على سبق إدانتهم بجريمة الشهادة الزور. ولا يجوز بالتالي التعويل على شهادة شهود النيابة أمام الدفاع إذا قام البطلان حولها بالنظر إلى ما يحيط بها من ظنون يعتبرها أوساط الناس شكاً معقولاً في صحتها. ومن ذلك أن يكون باعثهم إلى الشهادة التي أدلوا بها، وعود عرضتها النيابة عليهم، أو أحقاد قديمة، أو ضغائن جديدة ضد المتهم، أو قدم المدة بين وقوع الجريمة والشهادة بأحداثها.

بل إن بواعثهم هذه كثيراً ما تنير الطريق إلى صدق أقوالهم أو كذبها. وكشفها يتصل بشرط المواجهة<sup>(١)</sup>؛ وعلي الأخص إذا حملتهم بواعثهم -المخالفة للقانون- والتي يندرج التحامل على المتهم تحتها- على تشخيصه في طابور العرض كفاعل للجريمة أو كضريك فيها، ثم للشهادة بعد ذلك أمام المحكمة بدوره في الجريمة.

ولا يجوز القول بأن تعمق الدفاع لبواعثهم تلك ومحاولة فضحها، مما يضر بحق الشاهد في كتمانها، خاصة إذا كان حدثاً. ذلك أن كشفها يقوض قضية النيابة، ويثير شكوكاً خطيرة في شأن مصداقية التهمة وصحة الدليل عليها.

رابعاً: علي أن شرط المواجهة لا يتصور في الشهادة السماعية التي ينقل فيها شخص عن آخر ما سمعه منه لحظة احتضاره، أو ما أثر به بالمخالفة لمصلحته الشخصية. ذلك أن للشهادة السماعية في هاتين للصورتين تبدو موثقاً فيها. ويجوز الاعتماد عليها<sup>(٢)</sup>.

خامساً: كذلك فإن حق المتهم في أن يظل صامتاً، وألا يشهد بأقوال لا يريد الإدلاء بها، يعتبر حقاً مستورياً أصيلاً، ولو كانت واقعة الجريمة ومرتكبيها، لم تتصل بلم أحد غيره، ولا دليل على جنتها إلا الشهادة التي حرص على كتمانها. فإن لم يشهد بما رآه، فإن اعتباره مثباً بناء على هذا الامتناع، لا يجوز في غير النظم التوقيفية التي مجرتنا الدول الديموقراطية، ويتمحض كذلك عقاباً على مباشرة المتهم لأحد الحقوق التي منحها الدستور إياه، وتكلفة فادحة الثمن علي تمسكه بامتناعه عدم الشهادة ضد نفسه.

ولا يتصور في هذا المفروض كذلك إعمال شرط المواجهة، إذ يستحيل عقلاً أن تغدو النيابة أقوالاً لا يدل المتهم بها<sup>(٣)</sup>.

(١) Green v. McElroy, 360 U.S. 474 (1959).

(٢) Chambers v. Mississippi, 410 U.S. 284 (1973).

(٣) Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).

مبادئاً: وفضلاً عما تقدم، فإن حق الشخص في ألا يحرم من حريته بغير الوسائل القانونية السليمة، يفترض ضمان حقه في سماع أقواله<sup>(١)</sup>. وأن يكون كذلك قلنا على استخدام الوسائل الجبرية التي يملكها وفقاً للمستور لاستدعاء شهوده الذين يقدر تعلق شهادتهم بالجريمة وإنتاجها في نفيها. ولا يكتفى حق المتهم في استعمال هذه الوسائل الجبرية، ما لم يكن من حقه أيضاً أن يظهر بنفسه على منصة الشهود لينفي بأقواله الجريمة التي تهمه للنيابة بها.

وهو ينلي دائماً بشهادته إذا قدر أنها في مصلحته، وأنها تعينه على دحض التهمة وتقويض عناصرها. بل إن الشهادة التي ينلي بها تعتبر في كثير من الأحوال أكثر أهمية من غيرها من وسائل الدفاع التي ترد للتهمة على أعقابها<sup>(٢)</sup>.

وللنيابة أن تواجه هذه الشهادة من خلال أسئلتها التي تجربها، وتنفى مصداقيتها، وفق الأسس ذاتها التي يركن إليها المتهم تشكيكاً في مصداقية شهود النيابة. ذلك أن المواجهة في هذين الفرعين هدفها ألا يؤخذ بشهادة تحمل في ثناياها دلائل وهما. بل إن حق المتهم في الدفاع بالأصالة عن نفسه، وأن يقدم -بكلماته- رؤيته الخاصة لواقعة الجريمة وظروفها، أكثر أهمية من الدفاع عنه بطريق الوكالة.

وكما قرر المتهم أن يشهد بنفسه لنفي الاتهام، كان ذلك هو الوجه المقابل لاختياره عدم الإدلاء بشهادة قد يدان بسببها، بما مؤده أن لكل منهم الحق في أن يظل صامئاً، أو أن يختار الدفاع أصالة عن نفسه بمحض إرادته الحرة.

فإذا ما اختار الشهادة، قام حق النيابة في مواجهتها ولو كان قد أدلى بالشهادة بعد تكويمه مغناطيسياً بقصد إنعاش ذاكرته عن الجريمة واستنهاض وقائعها الغائرة في ظلمة العقل، وإن جاز فرض قيود منطقية على عملية التتويج هذه، كلن يشترط إجراؤها عن طريق أهل الخبرة الذين لا صلة لهم بالتحقيق، ولا مصلحة لهم فيه، حتي يتم بصورة مجردة لا تحياز فيها ولا إحياء. وهو ما يقتضي أن يقوم الخبير بدوره في مكان لا يحضره غيره هو والشاهد.

كذلك فإن تسجيل المنوم لكل قول أدلى به الشاهد، مؤده ضرورة معرفة الأسئلة التي وجهها له.

(١) Rock v. Arkansas, 483 U.S. 44 (1987).

(٢) يفترض في شهادة الشريك على لفاعل الأصلي للجريمة، أنها غير موثوقة بها. Presumptively unreliable.

ولضمان مصداقية هذه الشهادة، فإن الأقوال التي يدلي بالشاهد بها أثناء التتويم، تجوز مقابلتها بغيرها من الأدلة، وإظهار أوجه التناقض فيها من خلال الأسئلة التي توجه إليه في إطار شرط المواجهة.

وبالتالي يعتبر مخالفاً للدستور، إطلاق القول بأن كل أقوال يدلي شخص بها من خلال عملية تتويم يجريها خبير بها ويوسائلها، لا يجوز الأخذ بها، أو التعويل عليها في وصفها للجريمة وما لتصل بأوضاع ارتكابها؛ وإنما هي شهادة يجوز الاعتماد عليها، ولو بقدر كبير من التحوط في شأن دلالتها.

مابعداً: أن افتراض البراءة -ولو لم يرد به نص في الدستور- من الحقوق الجوهرية التي لا تقوم بدونها أية محاكمة منصفة. وإذا كان الأصل المقرر قانوناً هو أن تبرهن النيابة بنفسها على أن التهمة التي نسبتها إلي المتهم لها معيّنات من الأوراق، فقد نعين أن تصفو أذهان القضاة والمحققين من كل تأثير لا يتصل بأدلة الجريمة التي يناقشونها بعد طرحها عليهم. فهذه الأدلة وحدها -بما في ذلك أقوال الشهود- هي التي يجوز مجابعتها والنظر فيها، وهي التي يتحدد على ضوئها مصير الاتهام، ولا شأن لسواها بالتهمة من جهة إثباتها أو نفيها. فلا القبض على المتهم ولا احتجازه قبل المحاكمة مدداً متصلة، ولا تحديد شخصيته من خلال طابور عرض، بمجرد في مجال التتكيل على التهمة وجوباً أو سلباً. وإنما هي الأدلة وحدها التي ينبغي النظر فيها وبناء الحكم عليها؛ لتكون مناقشتها والتدليل على وهنها، أو انتفاء صلتها بالجريمة أو عدم انتاجها في إثباتها، حقاً لكل منهم لا يجوز إهداره<sup>(١)</sup>.

ويعتبر رفض المحكمة تدبيه هيئة المحلفين إلى دلالة أصل البراءة ومغزاه، مخالفاً لفرائض المحاكمة المنصفة التي يتطلبها الدستور.

ثامناً: ولا يقال من حق المتهم في الاعتماد على الأدلة وحدها للتدليل على الجريمة التي اتهم بها، تعليق النيابة على هذه الجريمة ووصفها لها بالفحص أو بمنافاة القيم الإنسانية، إذا لم يكن لهذا التعليق أثر على تكوين عقيدة ما في شأن الاتهام، وكان القضاة قد نهبوا هيئة المحلفين أكثر من مرة إلى أن مهمتها تنحصر في تقييم أدلة الجريمة التي يناقشونها بعد طرحها عليهم، وأن أقوال النيابة أو تعليقاتها على الجريمة، لا تعد دليلاً على أن المتهم قد ارتكبها<sup>(٢)</sup>. خاصة وأن أقوال المتهم الختامية، هي التي تواجه كل تعليق للنسبة على الجريمة، وتنفذ لألتها.

(١) Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478 (1978).

(٢) Darden v. Wainwright, 477 U.S. 168 (1986).

تاسعاً: أن اللجوء للوسائل الجبرية لحمل الشهود عند الضرورة على الظهور أمام المحكمة، يكفل لكل من النيابة والمتهم، عرض رؤيتهما في شأن الجريمة ومركبها، ليقرر القضاة أو هيئة المحلفين وجه الحق في أقوال شهودها أو شهود المتهم. وكما أن للمتهم حق مواجهة الشهود الذين تعرض للنيابة من خلالهم وجهة نظرهما في شأن الجريمة ودوالها وجناتها، فإن للنيابة أن تقدم شهودها هي لبناء قضيتها. ويرتبط هذا الحق في هاتين صورتين بالوسائل القانونية السلمية<sup>(١)</sup>.

عاشراً: ويفترض حق المتهم في مواجهة الشهود الذين يشهدون ضده، أن يكون ماثلاً بشخصه أثناء الفصل في الاتهام، ما لم تأمر المحكمة بطرده من قاعتها إذا أخل بنظام جلساتها بالنظر إلي ما يثيره من لغط وجلبة أو علي ضوئ اللغة الجريحة التي يتحدث بها، ذلك أن الإدارة السلمية للعدالة الجنائية تتقدم حضوره، فلا يعود إلي قاعتها إلا إذا استقام سلوكها<sup>(٢)</sup>.

حادي عشر: ويتوخي حق المتهم في مواجهة شهود النيابة ليس فقط توجيه أسئلة إليهم لبيان وجه الحق في شهادتهم، وإنما كذلك إيقاف ضمالئهم وجعلهم على مواجهة القضاة وهيئة المحلفين حتى يرونها بأعينهم، ويراقبون انفعالاتهم وتصرفاتهم، وهم على منصة الشهادة، ويحكمون من ثم على شهادتهم بالصديق أو بالبهتان.

ولا يجوز بالتالي أن يدان متهم بناء على شهادة أُلقي بها شخص في قضية سابقة لا صلة للمتهم بها<sup>(٣)</sup>؛ ولا أن تقدم النيابة -كدليل ضد المتهم- أقوالاً أُلقي بها خارج المحكمة، ولا في مرحلة أولية من مراحل التحقيق معه، ولا تسجيلاً صوتياً بأقواله. ذلك أن مواجهة المتهم لشهود النيابة في المحكمة ذاتها، وأمام قضائتها، يعتبر حقاً دستورياً لا يجوز التفریط فيه. لا استثناء من هذه القاعدة إلا في الأحوال التي تحمل فيها للشهادة التي لم يواجهها المتهم، دليل صدقها، كالشهادة التي يدلي بالمحتضرون بها Dying declaration، أو التي تدينهم بالنظر إلي مضمونها. إذ لا مصلحة لهم في هاتين الحالتين في الالتواء بالحقيقة أو تحريفها.

(١) Washington v. Texas, 388 U.S. 14 at 19, (1967).

(٢) Illinois v. Allen, 397 U.S. 337 (1970).

(٣) لأن كانت المواجهة لا تتحقق في شهادة نقل محتواها عن محاضر محكمة سابقة، إلا أن ثمة اتجاه بجيز التحويل عليها إذا تضرر الاعتداء لموطن أصحابها، أو قلم الدليل على وفاتهم، أو أصابهم بمرض أفسدهم عن الحركة. كذلك تقرر بعض التشريعات جواز الاعتماد على البيانات التي يدونها التجار في دفاترهم في نطاق معاملاتهم التجارية مع بعضهم البعض.

David Pillman, The defendant's rights today, 1976, p.95.

ومن ثم كان الأصل هو أن يواجه المتهم شهود النيابة، حتى ينفي عن شهادتهم مصداقيتها. ويفترض ذلك أن يكون هؤلاء الشهود مائتين أمام المحكمة يشهدون بما أدركوه بحواسهم، ما لم يكن المتهم قد نزل اختياراً عن الحق في المواجهة، أو فرط إهمالاً في إجرائها.

ثاني عشر: أن تقرير حق المتهم في مواجهة الشهود الذين تأتي بهم النيابة ليس إلا تعبيراً عن قواعد القانون العام التي تترد جذورها إلى عام (١٦٠٠).

وليس للنيابة بالتالي أن تقدم أحد الشهود إلى المحكمة، وأن ترفض في ذات الوقت مواجهته بالأسئلة التي يطرحها عليه المتهم. ولا يجوز كذلك أن يكون الحكم الصادر بإدانة شخص معين في جريمة سرقة أشياء تملكها الدولة، دالاً بصفة قطعية على أن من تلقاها بعد سرقتها، كان يعلم باختلاسها.

ذلك أن حق المتهم في مواجهة كل ولعة يجوز أن تتخذ دليلاً ضده، يفترض بالضرورة ألا تكون هذه الولة ذاتها قد أثبتت اتهام سابق لم يكن المتهم طرفاً فيه، ولم يخول حق دحضها والتكليل على عكسها، ولم تعرض في حضوره ليناقضها ويدفعها.

ثالث عشر: وليس للمتهم أن يدعي على المحكمة إنكارها لحقه في مواجهة للشهود، إذا كان هو قد أفتهم بعدم الظهور أمامها. وليس للنيابة ولا لسلطة حكومية حق في إخفاء أسماء شهودها قولا منها بأنهم هم الذين أرشدوا سرا عن الجريمة، أو بأن معلوماتهم عنها لا يجوز كشفها بالنظر إلى صلتها الوثيقة بالأمن العام. إذ يتعين على الدولة أن تفاضل بين تقديم أدلتها إلى المحكمة أو إسقاط التهمة عن المتهم.

وتصدق هذه القاعدة ذاتها على التقارير التي تعدها أجهزة الشرطة عن نشاط غير مشروع، على ضوء الشهادة التي أدلى بها أمامها، لأشخاص لهم صلة بهذا النشاط. إذ لا يجوز أن تنتشر هذه الأجهزة وراء سرية هذه التقارير لحجبها عن المتهم حتى لا يناقضها، وعلى الأخص كلما كان لبعض أجزائها صلة بالجريمة المدعى بها. وإنما يتعين كشفها للمتهم حتى لا يحرم من الحق في تجريدها. وهو حق هام يتعين ضمانه بكل الوسائل. بل هو من الحقوق الجوهرية التي لا يقتصر تطبيقها في الدول الفيدرالية على الحكومة المركزية، وإنما تنطبق به ولاياتها كذلك بالنظر إلى قيمة هذا الحق في تحقيق موازين العدالة التي تختل بالضرورة إذا قام حكم الإدانة على أقوال لم يواجهها للمتهم، سواء كانت زائفة في حقيقتها، أم كانت أقوالاً أدلى بها أحد شركائه، ولم يواجهها للطعن في مصداقيتها.

رابع عشر: وكلما غاب الشاهد أثناء المحاكمة، فإن الأخذ بشهادته في مرحلة التحقيق الابتدائي في الجريمة لا يجوز، ما لم تبذل الحكومة كل جهد صادق لتأمين حضوره ثم خاب مسعاها.

وتعتبر كل ملاحظة يبدئها أحد الشهود لهيئة المحلفين خارج قاعة المحكمة في شأن المتهم أو الجريمة المطروحة عليهم، عديمة الأثر ولا يجوز التعويل عليها<sup>(١)</sup>.

خامس عشر: أن مقابلة المتهم لشهود النيابة وجها لوجه Face to face confrontation ليس مطلوباً في ضحايا الجرائم الجنسية، الذين لا يستطيعون أن يشهدوا بما أصابهم من عدوان إذا كان المتهم به مثلاً أمامهم بروعهم مجرد وجوده قبلهم. وهو ما دعا إلى ابتداع وسائل فنية - كالدوائر التلفزيونية المغلقة Closed circuit television - التي يلقى ضحايا هذه الجرائم من خلالها بشهادتهم بعد عزلهم عن المتهمين بارتكابها، ودون إخلال بحق هؤلاء في مواجهة الشهادة التي يدلون بها للتكليل على كذبها. ويباشرون المتهمون هذا الحق عن طريق الأسئلة التي يتلقونها من موكلهم ويترجونها على هؤلاء الضحايا للتشكيك في صدق شهادتهم<sup>(٢)</sup>.

(١) فلو أن الحاجب المنوط به خدمة هيئة المحلفين أثناء انعقاد جلساتهم، أخبرهم بأن المتهم رجل شرير وفاسد ولا يجوز التردد في إدانته، ولأن خطأهم في قرار الإدانة يجوز تصحيحه أمام محكمة الاستئناف، فإن قرار الإدانة الصادر عنهم بعد ذلك، يعتبر باطلاً.

(٢) Kentucky v. Stincer, 482. U.S. 730 (1987); Maryland v. Graig, 497 U.S. 836 (1990).

للمبحث السابعتشخيص الاتهامSpecificity of accusation

٨٦٣- يعتبر إخطار المتهم بالتهمة الموجهة إليه، واقعا في نطاق الحد الأدنى من الحقوق التي يملكها المتهم في مواجهة سلطة الاتهام، وأحد الفرائض التي تتطلبها المحاكمة المنصفة بشرط أن يكون هذا الإخطار قاطعا بطبيعة التهمة، وبإدلتها، وأن يصاغ في عبارة واضحة لا غموض فيها، وبلغة يفهمها أهلها.

ذلك أن المحاكمة جهد يبذل بين فرقاء من أجل تحقيق المسائل المتنازع عليها، وتقدير الحقيقة القضائية بشأنها في إطار من المنطق وحكم القانون. ويفترض ذلك أن يكون الاتهام واردا علي وجه التخصص، وأن يصاغ في عبارة مركزة، وأن يكون مدونا مشتملا علي كل واقعة تقوم بها الجريمة.

وغموض الاتهام مؤداه أن يجهل المتهم أبعاده، وألا يخطر بصورة ملائمة بمحتواه، فلا يكون كافيا لتحديد الجريمة والمسؤولين عنها.

ويعتبر الاتهام موافقا لشرط الوسائل القانونية للسليمة إذا أحاط بعناصر الجريمة، ولو كان بالإمكان أن يصاغ بطريقة أفضل. ذلك أن مواجهة المتهم للتهمة، تفترض أن يحيط علما بها، وأن يفهمها بكافة أبعادها، وأن يعد ما يراه من أوجه الدفاع اللازمة لنفيها.

وشرط ذلك بطبيعة الحال ألا يفترض علمه بها، بل يكون هذا العلم يقينيا، وأن يصاغ بلغة يستوعبها أهلها دون إغراق في المفاهيم للقانونية العسرة أو مصطلحاتها المعقدة، وبما يجرد الجريمة المدعي بها من العناصر للزائدة عليها، أو التي لا قيمة لها، أو المنطوية علي التعميم، كالقول بأن المتهم ناصر خطأ<sup>(١)</sup> أيولوجيا مقينا، أو عقد العزم على الإجرام يبيغنها عوجا، أو عمل على هدم القيم العليا التي آمن المواطنون بها. إذ ليس في مثل هذا القول إخطار بجريمة بذاتها ارتكبتها، ولا هو إعلان عن سببها بلغة يفهمها أوساط الناس<sup>(١)</sup>.

ولا يفترض بالتالي التطابق بين المعاني التي أوردتها صحيفة الاتهام، وتلك التي يفهمها المتهم والمطوفون منها، إذا غص أمرها وشق مضمونها علوهم.

وإنما يكون لكل منهم، ولكل واحد من المحلفين، تصويره الخاص في فهمها. فلا تكون حقيقة الاتهام مقطوعا، وإنما يتخبط أوساط الناس في معناه، ولا يقفون بالتالي علي مقاصده.

(١) بصمم تحديد سبب الاتهام، من محكمة المتهم مرة ثانية عن الجريمة ذاتها.

ولا يفيد ما تقدم، أن لكل تهمة قوالبتها التي يتعين صلبها فيها، وإنما الأدق أن يقال بأن لكل جريمة أركانها، وأن الاتهام بالجريمة يقتضي بيان مكوناتها، ووجه نسبتها إلى المتهم. ذلك أن إلقاء شخص في السجون بغير حكم قضائي، لا يقل سوءا علي حكم بإدانته بناء علي تهمة شابها الغموض، أو بناء علي تهمة خلا منها قرار الاتهام.

### المبحث الثامن

#### الحق في إبطال الإقرار بالجريمة

٨٦٤- يبطل كل إقرار بالجريمة ينتزع قسراً، أو بالخداع، أو بالإغواء. ذلك أن الإقرار في هذه الصور جميعها لا يعتبر إرادية<sup>(١)</sup>.

وليس ثمة قاعدة جامدة تحدد الأحوال التي يبطل فيها الإقرار بالجريمة. وإنما يتعين أن ينظر في تقدير صحة هذا الإقرار أو بطلانه، إلى كل حالة على حدة، فلا يكون صحيحاً إلا إذا تحرر من عوامل القهر جميعها، والتي يربط مناطق تحققها أو تخلفها، بنوع ونطاق الضغوط التي تعرض لها من أثر بالجريمة، وما إذا كان قد قاومها أو انسحق بأثرها.

ذلك أن الأصل في الإزادة، هو تحريرها من القيود غير المبررة. ولا يجوز بالتالي تحويرها أو حملها على غير وجهتها، أو التأثير فيها بما يخرجها عن مقاصدها، ولا تحريفها عن طريق إكراه يذل منها بما يقوض للحالة النفسية التي كان المقر عليها وقت إقراره. فالإقرار في هذه الصور جميعها -ولو لم يكن نتيجة تعذيب- لا يعد تعبيراً حراً عن إرادة واعية تدرك حقيقة اتجاهها. وإنما هي إرادة دخلها التواء يبطلها<sup>(٢)</sup>.

ويبطل بالتالي كل إقرار بالجريمة ينجم عن إغواء أو إغراء أو تهديد للشخص في عرضه أو ماله، أو تزويجه ببأس السلطة وقدرتها على البطش به فلا يكون هذا الإقرار تعبيراً عن إرادة حرة لها سلطانها التي يكون بها المقر مدركاً حقيقة هذا الإقرار ومضمونه وأثره، شأن الإقرار بالجريمة شأن غيره من أدلتها التي لا يجوز قبولها إلا وفق الوسائل القانونية السليمة.

٨٦٥- ولئن كان الأصل في رجال الشرطة وغيرهم من القائمين على تنفيذ القانون، أن تكون أعمالهم واقعة في إطاره؛ وكان حصولهم على إقرار بالجريمة من أشخاص لا شأن لهم بها، مؤداه أن يظل جناتها الحقيقون بعيدين عن يد القانون<sup>(٣)</sup>؛ وكان لا يجوز للقائمين على تنفيذ القانون أن تدفعهم رغبتهم في مطاردة الجناة، إلى الإخلال بحقوق الأبرياء، ولا إهدأ كرامتهم وحقهم في الحرية، عن طريق انتزاع إقرار منهم يدينهم بجريمة لا صلة لهم بها؛

(١) Developments in the law- confessions, 79 Harv. L. Rev. 935, 954- 59 (1966).

(٢) Chambers. V. Florida, 309 U.S. 227 (1940).

وقد قضى في هذه القضية بأن خمسة أيام من الأسئلة المتصلة لتاليه لقبض بغير إذن والمقترن باحتجاز تعزل فيه للشخص عن آخرين، يبطل إقراره.

(٣) Spano v. New York, 360 U.S. 315 (1959).

وكان من المقرر قانوناً أن للقواعد المعاصرة لتطور الحالة الجنائية وإدارتها، يؤتيها إيقاع المتهمين في ضغوط نفسية أو بدنية تتهاوى بها إرادتهم، فلا يملكونها؛ وكان على النيابة بوصفها سلطة الاتهام أن تقيم بنفسها، وبما هو مشروع من الوسائل، الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى من تتهمم بارتكابها، فقد تعين أن يكون موقفها من الجريمة محايداً، وأن يكون الدليل عليها قائماً على مصادر لها معونها من الأوراق، وولغا في إطار حكم الدستور والقانون. فإذا نجم هذا الإقرار عن إكراه، بطل بكل آثاره، ولو كان مطابقاً للحقيقة في كل أجزائها.

٨٦٦- وإذا كان هو تساند أدلة الجريمة فيما بينها وتضامير حلقاتها ليشد بعضها لآخر بعض أصلاً في المواد الجنائية، فقد تعين نقض حكم الإدانة إذا تطرق الخلل لأحد الأدلة التي قام عليها قضاء الحكم، ولو كانت الأدلة الباقية بعد استبعاد الدليل الباطل، كافية في مجموعها لحمل هذا الحكم.

The credit and weight of the voided evidence.

٨٦٧- ويتخذ إكراه المتهمين على الإقرار بالجريمة، صوراً شتى يدرج تحتها تعذيبهم؛ أو ضربهم أو تليقهم من أرجلهم؛ أو إغراقهم بالمياه؛ أو تهديدهم بما يخيفهم في أنفسهم أو أموالهم، أو تعريض ذويهم لمخاطر لها بأسها؛ أو إرهابهم بضغوط عقلية Mental أو نفسية لا قبل لهم بتحملها<sup>(١)</sup>؛ أو تخبيطهم؛ أو حقنهم بأموال تعطيل إرادتهم، أو تصور لهم الأمور على غير حقيقتها؛ أو إسكارهم بقصد التأثير على وعيهم Drug-induced statements؛ أو بحزلهم نهائياً عن الاتصال بأصدقائهم أو بمحاميين يخفون لنجنتهم، أو ترويعهم؛ أو استجوابهم مدداً طويلاً، وبصورة متلاحقة<sup>(٢)</sup> Prolonged Interrogation.

كذلك ينفل الإقرار بالجريمة إذا صدر عن مختل عقلياً، أو عن شخص غير متوازن عاطفياً؛ أو عن ناقص للأهلية لا يقدر للأمور عواقبها؛ أو بعد مواجهة المقر بأدلة تم التحصل عليها بطريق غير مشروع.

(١) ومن بين الضغوط العقلية - وهي أحياناً أسوأ لآثاراً من الإيذاء البدني - أن يودع المشتبه فيه أو المتهم في زنزانة مع جثة المجنى عليه.

كذلك فإن الشخص الذي يزل عن كل دعم من أصدقائه وأقربائه فلا يحظى بمساندتهم الأدبية، ويتعرض لأسئلة مطولة، ويجهل حقوقه، يقع تحت ضغوط نفسية لا تقل سوءاً عن التعذيب البدني

Blackburn v. Alabama, 361 U.S. 199 (1966).

(٢) Askcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143 (1944); See also, Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

٨٦٨- وليس ثمة معيار عام تتحدد على ضوءه أحوال بطلان الإقرار بالجريمة، وإن عيّن أن يؤخذ في هذا الشأن بكافة العناصر التي تلبس الإقرار وتحدد ظروفه. وبوجه عام يبطل الإقرار إذا صدر عن أشخاص بفعل ضغوط مارستها السلطة قبليهم؛ أو كثر لطفيان قوتها عليهم؛ أو بعد تقربها منهم واستمالتهم إليها، والتظاهر بتعاطفها معهم.

ويتعين به دوماً أن توازن الضغوط التي تعرض المقر لها، بقدرة المقر على تحملها للنظر في صحة أو بطلان إقراره<sup>(١)</sup>. ويدخل دائماً في تقدير الإكراه، سن المكروه ودرجة كذا، وإن جاز القول بأن مجموع الظروف التي تحيط بالإقرار The totality of circumstances، هي التي تحدد أوجه بطلانه أو صحته<sup>(٢)</sup>. ويدخل في هذه الظروف، القبض غير المشروع على المقر والحبس والمنزل وحرمان المقر من الاتصال بمحام، ومنعه من الاتصال بأصدقائه، واستعمال طرق احتيالية للتصصيل على الإقرار.

٨٦٩- على أن الإقرار بالجريمة وإن افتزع عذوة وبطل بالتالي، إلا أن إقراراً لاحقاً بارتكابها تجرد من الضغوط على اختلافها، قد يؤخذ به باعتباره صادراً عن إرادة حرة لا عوار فيها. ويفترض ذلك أن يكون الإقرار اللاحق نقياً من كل صور القهر التي يحمل بها للمقر على ما لا يرضاه.

فيذا تأثر المقر في الإقرار اللاحق، بأجواء الفزع التي عايشها في الإقرار الباطل، بطل هذا الإقرار بدوره. وهو ما يتحقق على الأخص، إذا كان الإقراران الأول والثاني قد تعاقبا خلال فترة زمنية قصيرة يرجح معها القول بأن الإقرار الثاني بالجريمة، ما كان ليصدر لولا أن المقر لا زال يتفيل صور القهر التي تعرض لها لانتزاع إقراره الأول بها، فلا يصفو ذهنه منها، وإنما تطارده عوامل القهر السابقة بأهوالها ولُتباحتها وعمق وطائفتها، ومخاطر فرضها من جديد.

فلا يكون الإقراران المتتابعان غير نتاج عملية واحدة، بدأتها السلطة بطغيانها لتعطّل إرادة المقر، وانتهت بأصداء أشكال القهر التي بشرتها من قبل، وتداعياتها الخطيرة.

(١) ما يكون مؤثراً في شخص ضعيف الإرادة، قد يكون عديم الأثر في مواجهة مجرم محترف إلا أن وجهة النظر هذه يناقضها أنه حتى لو كان الجاني محترفاً، إلا أن الظروف التي يدلى فيها بإقراره والتي تعطّل إرادته بصورة غير منصفة The unfair and coercive context هي التي يجب التحليل عليها.

Hayness v. Washington, 373 U.S. 503 (1963).

(٢) Gallegos v. Colorado, 370 U.S. 49 (1962); E. g. Johnson v. New Jersey, 384 U.S. 719 (1966).

ويتعين بالتالي أن ننظر إلى الإقرارين باعتبار أن ثانيهما ليس إلا اتصالا بأولهما، وأنهما نتجا معا عن العوامل المؤثرة ذاتها التي قلم عليها بطلان الإقرار الأول بالجريمة.

وهو ما يعني قيام قرينة قضائية موداها أن ذهن المقر بالإقرار التالي كانت تختلط فيه الضغوط التي أفرزت الإقرار الأول، وأن الإقرارين بالتالي ولقعين في إطار عوامل القهر ذاتها وإن كانت مباشرة في أولهما، وغير مباشرة في الإقرار اللاحق.

٨٧٠- وكلما بطل الإقرار بالجريمة لصدوره عنوة أو تحايلا، فإن كافة الأدلة التي أعان هذا الإقرار على كشفها، تبطل كذلك.

ولا يجوز بالتالي أن يؤسس عليها حكم بالإدانة، حتى لا يكافأ القائمون بالعمل العام على ترددهم في مخالفة القانون من خلال انتزاعهم لإقرار باطل بالجريمة، ثم الحصول بعنذ على ثماره. ذلك أن الشجرة المحرمة لا تكتج غير ثمار فاسدة لا يجوز أكلها.

والأدلة الباطلة يتعين قمعها، سواء كان بطلانها متفيا من تأسيسها على إجراء باطل، كالتحصل عليها بناء على إذن باطل بالقبض أو التفتيش؛ أم كان هذا البطلان قد نجم مباشرة عن تصيدها بوسائل غير قانونية، كالأدلة التي تم إسطناعها بالتزوير؛ أو بوسائل غير آدمية تصادم الضمير الجمعي<sup>(١)</sup>. كضخ مادة طبية في معدة إنسان Stomach Pump للحصول منها على أقرص المورفين التي كان قد ابتلعها، حتى لا يقيض عليه متلبسا بإحرازها. ذلك أن النيابة حتى ظل النظم الإختصاصيه للعدالة الجنائية Accusatorial and not inquisitorial system - يتعين عليها أن تؤمن دليل الجريمة استقلالاً عن كل الضغوط وانفصالاً عنها، حتى يكون الدليل ثمرة جهد مشروع<sup>(٢)</sup>.

(١) ولا كذلك أخذ عينه من دم شخص بواسطة طبيب حتى يثق القائمون بالتحقيق في حادثة تصادم مثلا على

ما إذا كان قائد السيارة التي تسببت في الحادث، مغمورا وقت قبضته لها.

(٢) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

المبحث التاسعصور أخرى للوسائل القانونية السليمة في إطار الاتهام الجنائي

٨٧١- لا يجوز في إطار الاتهام الجنائي، مخالفة شرط الوسائل القانونية السليمة، وعلي الأخص من النواحي الآتية:

\* أن يدان المتهم بناء علي قرينة قانونية يفرضها المشرع بصورة تحكيمية. ذلك أن الأصل في القرائن القانونية، أنها عملية عقلية منطقية يجريها المشرع كي يستخلص واقعة مجهولة من واقعة معلومة قام الدليل عليها. ويفترض لجواز الاحتجاج بالقرائن القانونية في المجال الجنائي، أن تقوم بين هاتين الواقعتين صلة منطقية تتحدد علي ضوء الخبرة العملية، لا من منظور مجرد.

إذا لم تكن صلة بين هاتين الواقعتين، أو كانت صلة واهية، بطل الأخذ بالقرينة القانونية شأنها في ذلك شأن القرينة القضائية التي يتحدد مضمونها علي ضوء المفاهيم الراجعة عملاً، وإن كان المشرع في القرينة القانونية هو الذي يصوغ حكمها؛ والقاضي في القرينة القضائية هو الذي يستخلصها. لتتمحض القرينة في هاتين الصورتين عن استنباط للواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة في إطار من للمنطق وحقائق الأشياء التي تزخر بها الحياة العملية<sup>(١)</sup>.

\* لكل متهم في جنائية حق الظهور بنفسه أمام المحكمة، ليس فقط لمواجهة شهوده، ولا لمجرد التطبيق علي أدلة الاتهام ومحاولة نفيها، وإنما أصلاً لبناء خط دفاع يسقط التهمة من أساسها من خلال تعظيم ثغراتها، ولو كان محاميه حاضراً.

\* لا يجوز في أية حال أن يقيم المشرع الجنائي قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها Irrefutable presumption، ليفترض بها- بصفة نهائية لا تقبل الجدل - تحقق واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها<sup>(٢)</sup>.

\* تتحدد ضوابط المحاكمة المنصفة علي ضوء معطياتها التي أقرتها الأمم المتحدة، وبما يوفر للقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة، وسائل حمايتها.

(١) Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); Manley v. Georgia, 279 U.S. 1 (1929); Carella v. California, 491 U.S. 263 (1989).

(٢) Stanely v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

- الحكم في الخصومة الجنائية هو نهاية مطلقها، ولا يجوز بالتالي أن يؤسس على أفعال لا يجوز تجريمها، أو على دليل غير جائز القبول، أو لم يكن كافياً للتدليل على التهمة وفق أركانها التي حددها للمشرع.
- لكل متهم -ولو قبل محاكمته- الاتصال بمحاميه وبشهوده، وبالوراقه التي يقدر اتصالها بالاتهام، ولإنتاجها في نفيه.

### الفصل التاسع

#### ضوابط تفسير النصوص الجنائية

٨٧٢- تؤثر النصوص الجنائية في الحرية الشخصية، وكذلك في حقوق الملكية، وتبال من الحق في الحياة.

وكل تأويل لها بما يخرجها عن الدائرة التي قصد المشرع إلى حصر تطبيقها في نطاقها، يشوهها ويخرجها عن حقيقة المقاصد التي ابتغاها المشرع منها، ويعطيها غير المعاني التي أقام عليها هذه النصوص.

٨٧٣- ومن ثم كان تفسير النصوص الجنائية، مقتضياً تحريماً في حقيقة معانيها، وبياناً جلياً للسياسة التي اختطها المشرع في شأنها، وقائماً على ضوابط منطقية أهمها:

(أ) أن النصوص الجنائية تقوم على القهر من خلال العقوبة التي تفرضها، ولا يجوز تطبيقها بطريق القياس على أحوال لم تشملها هذه النصوص.

ويتبين بالتالي حصرها في دائرة تطبيقها التي قصدتها المشرع، وأن يتم تفسيرها في حدود ضيقة، ما لم يكن من شأن هذا التفسير تقرير حلول نكبتها حقائق العدل وترفضها.

ذلك أن سلطة فرض العقوبة الجنائية لا يملكها إلا المشرع، ويده وحده أن يؤثم الأفعال التي يقدر خطورتها، وفي الحدود التي يراها، وبما يوفر للمخاطبين بها، إخطاراً كافياً بمضمونها يعرفهم بحقيقة الأفعال التي نهام عنها وكذلك بتلك التي طلبها منهم.

ولا يجوز بالتالي تحريفها من خلال فرطتها وتطبيقها على أحوال لا نسمها، وإلا كان ذلك إحداثاً لجرائم لا يعرفها المشرع، أو يقصد إليها، وتقريراً لصور جديدة من الجرائم لم ينص عليها.

(ب) يؤثم المشرع من خلال التجريم سلوكاً يراه غير مقبول إذا أتاه الخاضعون لأوامره. وهو يعبر بذلك، ومن خلال عباراته التي يصوغها في سياق معين، عن مظاهر سلوكهم التي يرفضها وتلك التي لا يمنعها.

ويجب بالتالي أن تعطي كل عبارة تضمنها نص جنائي، دلالتها، فلا تحصل قسراً على غير المعنى المعتاد لها، أو بما يفصلها عن عبارة أخرى تتكامل معها.

ومن ثم لا يجوز تأويل عبارة بما يحور معناها، أو يرهق دلالتها، أو يخرجها عن سياقها، أو يفصلها عن أجزاء تتضمنها معها، أوليها بما يجاوز حقيقتها، ما لم يكن المعنى

المعتاد للعبارة في سياقها الواردة فيه، منافيا لمقاصد المشرع منها، إذ يجب عندئذ حملها على الأغراض التي توخاها.

(ج) يتعين أن يعطى للكلمة عينا - ويغض النظر عن موضعها من النصوص الجنائية التي ترددها - تفسيرا واحدا، ما لم يكن للكلمة الواحدة في سياق معين - على ضوء الأعمال التحضيرية - معنى مغايرا لها في سياق آخر، وبشرط أن يؤخذ - لمصلحة المتهم - بالمعنى المغاير.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا "متى أورد المشرع مصطلحا معينا في نص ما لمعني معين، وجب صرفه إلى هذا المعنى في كل نص آخر يردد ذلك المصطلح(١)".

(د) يتعين أن يتقيد القاضي بعناصر الجريمة في الصورة التي أخرجها المشرع بها، ما لم تكن هذه الجريمة مجرد ترديد أو تقنين لنص سابق عليها، وكان هذا النص متضمنا عنصرا إضافيا لهذه الجريمة. إذ يتعين عندئذ أن يؤخذ في تحديد مفهوم تلك الجريمة بعناصرها القائمة، وكذلك بتلك التي أغفل المشرع بيانها؛ كلما قام الدليل من قرائن الأحوال على أن المشرع لم يقصد إلى إجراء تغيير في نموذجها السابق.

(هـ) إذا كان النص الجنائي غامضا، تعين على القاضي أن ينظر إلى السياسة التشريعية التي صدر هذا النص على ضوءها، أو التي انطلق منها؛ وأن يأخذ كذلك بمفاهيم القانون العام في مصطلحاتها وتعريفها ومبادئها، وأن يجريها على هذا النص ليزيل خفاء معانيه، وبشرط أن يصر لمصلحة المتهم كل غموض في مقاصد المشرع يثير شكاً معقولا حول حقيقتها.

(و) وقوع تغيير كبير في تعبيرين حواهما جزآن مختلفان من قانون واحد، مؤده أن المشرع قصد أن يعطى هذين التعبيرين معنيين متقاربين.

(ز) جواز تأويل عبارة النص - مع وضوحها، ذلك أن العبارة الواضحة لا يجوز تحريفها لأنها تستبعد ما عداها.

(ح) كلما حدد المشرع أحوالا يعينها استثناء من مجال سريان نص جنائي، فإن إلحاق غيرها بها، يكون محظورا.

(١) القضية رقم ٢١ لسنة ١١ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩١/٤/٦ - قاعدة رقم ١/٣٩ - ص ٣٢٥ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(ط) سرعان النصوص الجنائية في أحوال يعينها، لا يلحق غيرها بها، إلا إذا نص المشرع علي تطبيقها في الأحوال التي حددها، وكذلك في غيرها مما يندرج تحتها. ويتعين عندئذ أن تكون المسائل المندرجة في عموم المسائل التي حددها، من ذات طبيعتها، وأن تشملها كذلك مقاصد التجريم التي عذاها المشرع.

(ي) لا يجوز تفسير النصوص الجنائية علي نحو ينقل عناصر الجريمة -في مجال إثباتها- من النيابة العامة إلي المتهم.

(ك) لا يجوز أن يستخلص القاضي من قراءة النصوص الجنائية، قرائن لا وجود لها فيها، وإنما يتعين لجواز الأخذ بها، أن يكون المشرع قد صرح بها وبسطها بمفاهيم منطقية.

٨٧٤- وضوابط تفسير النصوص الجنائية هذه، غايتها ألا يتخذ القاضي من التفسير مدخلا لمسحها من خلال مط كلماتها وفرطحتها حتى تنداح إلي غير دائرة الأفعال التي قصد المشرع إلي تأنيها، وبما يناقض مقاصده من التجريم، ويتمحض في النهاية عدولنا علي الفرعية الجنائية التي لا يجوز معها فرض جريمة ولا تقرير عقوبة، ليس لها أصل في قانون<sup>(١)</sup>.

(١) M. Cherif Bassiouni, Substantive Criminal law, 1978, pp. 63- 65.

### الفصل العاشر

#### الوسائل القانونية السليمة في غير نطاق الإتهام الجنائي

٨٧٥- يحتجز المنحرفون عقلياً، والمضطربون عاطفياً، والمصابون بالصرع، والشابوقن أو الموهوسون جنسياً في أماكن إرعايتهم بقصد احتوائهم والسيطرة على أفعالهم. ويتم حرمانهم من حريتهم وفقاً لنظم مدنية لا جنائية تتوافر لهم فيها للحماية التي يكفلها شرط الوسائل القانونية السليمة.

وقد يودعون في هذه الأماكن مدداً أطول من تلك التي يقضيها الأسوأ في المسجون جزء الجرائم ذاتها.

ويتعين بالتالي ألا تعرضهم هذه النظم لمخاطر غموض أحكامها، ولغماع معانيها، وتحدد معاييرها واضطرابها، لطبقها القائلون على تنفيذها بصورة انتقائية، وببند تحكمية تختار بنفسها ما تراه من الضوابط التي تخضعهم لها، بما يعجز السلطة القضائية عن مراقبتهم فيها، بالنظر إلى خلو النظم التي يطبقونها من خاصية اليقين التي تتمسك على كافة أحكامها، وتحدد محتواها.

ويزيد من خطورة هذه النظم، أن دائرة تطبيقها، عريضة في اتساعها، لأنها تشمل الميكروبياتيين، والمصابين بوهن في قدراتهم العقلية، والمجازين عن السيطرة بأنفسهم على أفعالهم، والمضطربين عاطفياً أو جنسياً، ولذين اعتراهم عارض يمنعهم من حسن تقدير الأمور والنظر في عواقبها، وبوجه عام الذين يرجح على الظن، مخالفتهم لقيم الجماعة واختلافهم تقاليداً لمعارض عقلية أو نفسية.

فهؤلاء جميعاً قد يقرر إيداعهم في أماكن ترعايم وتعيد تأهيلهم وترأبهم في خطاهم، ويقوم اندفاع نزواتهم.<sup>(١)</sup>

وبوجه خاص كلما كان سلوكهم دالاً على رجحان انفلاتهم بدنياً أو عصبياً أو جنسياً، وتعذيبهم على آخرين، وهم لا يدركون حقيقة أفعالهم.

٨٧٦- ولأن خاصية اليقين شرط في القوانين الجنائية التي يطبقها المشرع على الأسوأ، فإن سريانها في شأن المعوقين في قدراتهم العقلية والنفسية، لا يقل أهمية، وربما كان أعمق ضرورة.

(١) Jackson v. Indiana, 406 U.S. 715, 723 (1972); Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982).

ويتعين بالتالى تقرير معايير واضحة وصارمة تجزم بالأشخاص الذين لا يستطيعون التحكم فى تصرفاتهم بغير كيدهم فى أماكن تأويهم، وأن تبين كذلك شروط إيداعهم فيها، وقواعد معاملتهم، وتعيين أوصياء عليهم، لضمان حماية حقوقهم التى كفلها الدستور. وهى حقوق يندرج تحتها حظر إقامتهم جبراً فى هذه الأماكن، بغير سماع أقوالهم، وتولى مجال موكل من قبلهم، مهام الدفاع عن حريتهم فى مواجهة خطر تقييدها مدداً طويلة قد تستغرق حياتهم بكاملها.

٨٧٧- ولا يجوز فى أية حال إيداعهم فى مكان ما، قبل أن تخطرهم الجهة المختصة بعزمها على بدء إجراءاتها فى شأن احتجازهم به أو إطلاق سراحهم، حتى يتحوطوا من احتمال تقييد حريتهم أو تعطيلها إذا صدر الأمر باحتجازهم فيها.

فإذا تم إيوائهم بها بعد سماع أقوالهم، وتحقيق دفاعهم، ومواجهة كافة الأدلة المؤيدة لتعطيل حريتهم -والفنية منها بوجه خاص- ظل من حقهم وفقاً للدستور، الاتصال بنوابهم وبأصدقائهم ومحامينهم وبغيرهم، ومخاطبتهم برسائل لا تجوز مراقبتها، وإن جاز حرمانهم من حق الاقتراع، ومن تولى العمل العام، ومن العضوية فى هيئة المحلفين.

وقارن هذا للتطور فى مفاهيم الوسائل القانونية الملزمة التى لا تجيز اعتقال حريتهم دون ما ضرورة تقوم أسبابها من عوارض حقيقية تحيط بهم، ويفقدون بسببها إرادة الفعل أو الامتناع، الإيمان بضرورة اتخاذ التدابير الملائمة التى يتطلبها علاجهم من الأمراض العضوية والنفسية التى يعانون منها -ليس تفضلاً- وإنما كحق متكامل الأركان، يتوخى مواجهة أوضاعهم هذه، بما يصحبها، ويرد عنهم -وعلى الأكل- احتمال تدهورها.

وجاز بالتالى للجهة التى تأويهم -ومن خلال إشرافها عليهم- أن تكلفهم ببعض الأعمال التى لا تنمو بها أوضاعهم، ولا يصل إرهابها إلى حد الإخلال بالمعايير الإنسانية التى تحفظ أسمىهم وكرامتهم، ولاتى لا يجوز تحريفها عن وجهتها، ولو من خلال أجر يقابل هذه الأعمال.

فإذا قام الدليل على أن إيداعهم فى أماكن إيوائهم، كان بغير حق؛ أو صدر من جهة لا ولاية لها؛ أو اتصل بإجراءاتها خطأ لا يغفر، فإِنَّ الإقراج عنهم يكون واجباً. ذلك لأن إيداعهم فى تلك الأماكن، موداه احتجازهم بها بالمخالفة للقانون.

فإذا كان هذا الاحتجاز مخالفاً لابتداء لأحكامه، أو كان قد تم أصلاً وفقاً للقانون، ثم طرأ عارض أدى لزوال مسنده، كأن استعاد المحتجز قواه العقلية، لم يعد ثمة مسوغ لإبقائهم في تلك الأماكن.

٨٧٨- وإذا كان الإيداع في أماكن الإيواء يتم وفقاً لنظم مدنية، فإن للجرائم التي يقررها المحتجزون السابقون بعد إطلاق سراحهم، تجزئ احتواءهم من جديد في هذه الأماكن، إذا ظل الخلل في قدراتهم عوارضهم العقلية والنفسية متصلاً بهم. فإذا كان قد زال أثناء ارتكابهم الجريمة، كان للدولة أن تعاقبهم جنائياً عنها. ولا يعتبر ذلك عقاباً لهم عن الفعل الواحد أكثر من مرة. ذلك أن الإيداع الأول تم وفقاً لتنظيم من طبيعة مدنية. ولا كذلك فرض الجزاء الجنائي أكثر من مرة عن الجريمة عينها، إذ يفترض هذا الجزاء توقيعه بالوسائل القضائية ووفق نظم جنائية بطبيعتها.

٨٧٩- ويجوز كذلك أن يودع المدمنون تعاطي المواد المخدرة Drug Addicts، أو المهندون بخطر الإدمان على تعاطيها، إذا كانوا قد اعتادوا استعمالها، في أماكن تأويهم لعلاجهم من مخاطر الإدمان واحتلالاته. ويفتد هؤلاء الأشخاص حريتهم بإيداعهم جبراً عنهم في الأماكن التي تأويهم، وعلى الأخص إذا كان علاجهم من الإدمان ومخاطره، يتم وفق برامج جبرية لا ترخص فيها، وتتضمن بقاءهم في الأماكن التي يحتجزون بها فترة قد يصل مدتها إلى ما يزيد على الحد الأقصى لعقوبة الجريمة التي ارتكبوها قبل إيداعهم. وقد تطول مدة الإيداع، ولو لم يكن ثمة جريمة وقعوا فيها.

وسواء تم الإيداع بقرار قضائي، أو بقرار من الجهة الإدارية، فإن للنظم المدنية -لا العقابية- هي التي تحكم هذا الإيداع، بما لا إخلال فيه بالحقوق التي كفلتها نصوص الدستور لهم، سواء في السجون أو في غيرها من أماكن إيوائهم.

وهي حقوق يندرج تحتها الحق في سماع أقوالهم، وحضور محامين للدفاع عنهم بعد إخطارهم بحالتهم وإمكان زجهم في هذه الأماكن.

وكذلك الحق في عدم جواز حملهم على الإقرار بأن شروط الإيداع بها متوافرة فيهم. فضلاً عن الحق في استدعاء شهودهم، وكذلك مواجهة الشهود الذين يشهدون ضدهم، بما يقارع حججهم ويبطلها.

٨٨٠- وشأن من تردوا في إدمان المواد المخدرة، شأن من اعتادوا تعاطي الكحول مدداً استمال زمنها Habitual Drunkards.

ذلك أن مجرد انغمسهم في شربها، وتحولهم بسببها إلى مستعبدين لها لا ينصرفون عنها؛ لا يحيلهم إلى مجرمين مسؤولين عن أفعالهم، بعد أن صار إيمان تعاطيهم لها نمطاً ثابتاً في حياتهم، وحالة مرضية تحيط بهم Addicted to the use of narcotics، دون أمل في النجاة منها Chronic Alcoholism إلا بعلاجهم في أماكن تنهيا من خلالها، فرص إعادتهم أسوأ، لا يهدنون الآخرين بأفعالهم التي لا يملكون السيطرة عليها. ويتعين بالتالي أن يحدد المشرع -ربما لا تجهيل فيه- من يزرع بهم في هذه الأماكن.

فلا يعتبر الشخص ممنناً للكحول إذا ظل بعد تعاطيه، مسيطرأ على قواه العقلية، قادراً على النظر في أحواله، مدبرأ شؤونه العقلية بما يكفل صون مصالحها، ولو هدد غيره بشر، أو واجهه بحدوث.

ذلك أن الاحتجاز في هذه الأماكن، لا يرتبط بكون من يودع فيها مرتكباً لجريمة ولا بدرجة خطورتها، وإنما يتحدد للمودعون بها على ضوء قدر سيطرتهم على أفعالهم، ودرجة خطورتهم على من يتصلون بهم، أو يتعاملون معهم.

وإذا كان الأصل في الناس جميعهم أن أمهاتهم ولنتهم أحراراً، فإن إرهاب حريتهم -وهي الأصل- من خلال إيداعهم في أماكن تعزلهم عن الآخرين، وحتى عن الاتصال بذويهم أحياناً، لا يجوز إلا لضرورة، مناطقها لإفراطهم في استعمال الكحول بما يجاوز حدود الاعتدال، وتدريبهم في شربها بغير انقطاع، وفقدانهم السيطرة على أفعالهم بمجرد تناولهم الخمر التي تنعصر قواهم العقلية، بما يجعلهم خطرين حتى على أنفسهم.

وإذا كان للدولة أن تقيهم من شرور أنفسهم، وأن تؤمن الآخرين كذلك من مخاطر حالتهم، وفق قواعد ملائمة لا تقوم على التحكم؛ ولها خصائص القواعد المنصفة وضماناتها، فإن عليها أن توفر لهم فرص سماع أقوالهم قبل أن تقرر احتجازهم جبراً، وألا تصدر قراراً بإيوائهم في مصحاتهم العلاجية، إلا على ضوء دلائل لها من قوة الإقناع، ما يرجح لديها تضاول أو انعدام قدراتهم -بصورة مستقلة- على السيطرة على أفعالهم.

٨٨١- وعلى ضوء ما تقدم، تفترض صور إيداع الأشخاص جبراً في مكان مأمون، أنهم عاجزون عن السيطرة على سلوكهم، وأنهم خطرون على أنفسهم وعلى الآخرين. ولا يناقض هذا الإيداع -وهو من طبيعة مدنية- أحكام الدستور كلما تم وفق قواعد إجرائية ملائمة، وعلى ضوء دلائل تتصل بحالتهم هذه وتثبتها.

ولا يعارض هذا الإيداع كذلك -وهو ليس عقاباً جنائياً- ضوابط الحرية المنظمة التي لا يجوز وصفها بالإطلاق. ذلك أن حرية الأبدان، وإن كان يكفلها شرط الوسائل القانونية السليمة بما يرد الدولة عن التحكم فيها بأوامرها ونواهيها، إلا أن هذه الحرية لا يكفلها لمسايلها بغير عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولو كان مبرراً. بل هي حرية مقيدة حتى في إطار نظم الإيداع المدنية في طبيعتها.

ولازمها ألا يباشر الناس حرياتهم وكأنهم وحوش كاسرة، وإلا تتطلق نزواتهم وكان فوضها عصيان لا يرد. وإنما الحرية الحقيقية هي التي يجوز تقييدها في زمن دون آخر، والحد من إطلاقها في أوضاع بعينها دون غيرها<sup>(١)</sup>. فذلك وحده هو الطريق إلى الحرية المنظمة التي تكفل الخير للعالم للناس في مجموعهم.

٨٨٢- ولا يجوز بالتالي أن يحتجز لشخص في أماكن احتوئهم لمجرد إتيانهم أفعالا سابقة أيا كان قدر خطورتها أو فحشها. ذلك أن سابق سلوكهم لا يشي بالضرورة بتصرفاتهم المقبلة. وإنما يرتبط احتجازهم في أماكن احتوئهم، ليس فقط بتصرفاتهم السابقة للمعية، وإنما كذلك بحالتهم العقلية القائمة التي تفيد تطرق الخلل إلى تماسكهم، وقدرتهم على السيطرة على أفعالهم، لتكون حالتهم هذه كاشفة عن حقيقة تصرفاتهم القديمة، ومنبئة عن رجحان تكرارها إذا لم يجر احتجازهم جبراً عنهم وراء جدران مغلقة. ومن ثم لا تكرر الخطورة الإجرامية وحدها هذا الإيداع. وإنما يتعين أن تقوم إلى جانبها حالة عقلية غير سوية Mental abnormality يضطربون بسببها عاطفياً Emotionally disturbed أو يتخلفون عقلياً، أو تنفصم شخصياتهم، أو تصيبهم بعاة الجنون.

٨٨٣- وتلارق النظم الجنائية، نظم الإيداع المدنية التي لا تتوخى ردع من يودعون فيها، ولا لأثر منهم، وذلك من وجهين:

أولهما: أنها لا تراخذ من يحتجزون بها وتدينهم بناء على سابق إجرامهم، ولكنها تركّز على حالتهم العقلية، وشايلتها بما يتصور أن يأتوه في مقل الأيام من الأفعال. وهي بذلك نظم غير انتقامية تقم صلة منطقية بين ولوغهم من قبل في الجريمة، وحالة عقلية تقوم بهم وقت النظر في إيداعهم في أماكن لاحتوائهم، ليتضام هذان العنصران في تبرير إيداعهم جبراً عنهم في هذه الأماكن.

(١) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 26 (1905).

ثانيهما: أن الأشخاص الخاضعون لنظم الإيداع المدنية، يعانون من عوارض عقلية أو نفسية، تمنعهم من السيطرة على تصرفاتهم. ومن غير المحتمل أن يردعهم تهديد باحتجازهم؛ ولا أن يكون عقابهم هدفاً ملحوظاً للدولة بالنظر إلى الأوضاع النفسية والعقلية التي تردوا فيها، ولا دخل لإرادتهم بها.

ولكن صرح القول بأن إيداع الدولة لهؤلاء في مؤسساتها، يقتضى فرض بعض القيود عليهم، إلا أن كل قيد ليس بالضرورة عقاباً جنائياً<sup>(١)</sup>. ذلك أن التدابير القسرية التي تحيط بالأشخاص الخطرين عقلياً The dangerously mentally ill تعامل منذ القدم كتدابير غير جزائية. ومن ثم لا يتمحض عقاباً، احتجازهم مدداً طويلة. وإنما يرتبط هذا الاحتجاز -ويفض النظر عن طول مدته أو قصرها- بما يكون ضرورياً لإبقائهم بأماكن إيداعهم حتى تعود حالتهم إلى سواها، فلا يهددون أنفسهم أو الآخرين.

وكان منطقياً بالتالى ألا يقرر احتجازهم فى هذه الأماكن لمدة محدده سلفاً. إذ يبقون فيها ما يروا خطرين، وبافتراض أن مدد إقامتهم هذه، تراجعها لجان من أهل الخبرة بقصد تقييم حالتهم للتحقق من استمرار أو زوال خطورتها.

٨٨٤- وتظل لهذه النظم طبيعتها المدنية، ولو استعار المشرع بعض إجراءاتها وضماناتها من النظم الجنائية.

ذلك أن النظم المدنية، تعتبر كذلك على ضوء أغراضها. ولا تحليلها بعض القواعد الجنائية التي تطبقها، إلى نظم جنائية. وإنما تتوخى القواعد التي تأخذها من هذه النظم لتطبيقها عليها، حصر دائرة المخاطبين بها فى دائرة الأشخاص الذين لا يملكون السيطرة على تصرفاتهم، وهى دائرة ضيقة بالضرورة تقتضى تقييماً متواصلاً لحالتهم.

والقول بأن لعدم وسائل علاجهم فى أماكن احتجازهم، أو عدم ملائمتها لحالتهم، يشبههم بالمدنبيين الذين يستحقون عقاباً؛ مردود بأن علاجهم قد يكون مستمصباً من زاوية طبية. وحتى بفرض التفتير فى علاجهم، فإن عزلهم عن الاتصال بالجمهور من خلال احتجازهم فى تلك الأماكن، يعتبر هدفاً رئيسياً لنظم الإيداع التى تقيد حريتهم ما فتوا خطرين.

ومن غير المنطقى أن يكون علاجهم من أسقامهم شرطاً أولياً يتعين أن يتحقق قبل إيداعهم جبراً عنهم فى هذه الأماكن؛ ولا أن يكون القصور فى وسائل علاجهم أو تخلفها، مقتضياً الإخراج عنهم بعد الإيداع. ذلك أن علاجهم من أمراضهم ليس إلا هدفاً جانبياً يقوم إلى

(١) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987).

جوار الأغراض الرئيسية لنظم الإيداع، ممثلة في أن يظل المحتجزون في هذه الأماكن، بيد الدولة التي تعزلهم عن الاتصال بالآخرين، ومنعهم من الإضرار بأنفسهم<sup>(١)</sup>.

٨٨٥- والقول بأن المحتجزين في أماكن إيوائهم قد أصابهم من قبل عقوبة الجريمة التي ارتكبوها، وأن تقييد حريتهم في تلك الأماكن، هو اتهام آخر، وجزاء ثان عن هذه الجريمة ذاتها؛ مردود بأن الطبيعة المدنية لهذه النظم، وتحريكها لإجرائاتها في مواجهة الخطرين، ليس اتهاماً ثانياً ولا عقاباً جديداً عن فعل سابق، ولو كان الإيداع تالياً لاستيفاء مدة العقوبة المحكوم بها. وليس أدل على مدنية هذه النظم من أن الأشخاص المخاطبين بها يودعون وفقاً لأحكامها بناء على حالتهم الخطرة التي تعتبر منوط تطبيقها، والتي لا شأن لها باكتمال القصاص عن جرائمهم السابقة، ولا بتدريبهم فيها قبل إيداعهم.

فضلاً عن أن نظم الإيداع المدنية لا تنشئ جريمة نقارن عناصرها بعناصر الجريمة التي أدبنا عنها من قبل من احتجز وفقاً لهذه النظم، ولا تحركها بالضرورة -وفي كافة أحوالها- جريمة أو جرائم سابقة ارتكبتها المحتجز.

ولكنها تعتمد على للجريمة السابقة، أو على صدور اتهام بها، لنقرر ما إذا كان المدان أو المتهم بارتكابها، مضطرباً نفسياً أو معوجاً عقلياً بما يشكل تهديداً له وغيره.

٨٨٦- كذلك لا تجرم نظم الإيداع هذه فعلاً كان مباحاً قبل تطبيقها، ولا تقرر بالتالي جزاء جنائياً رجعياً على هذا الفعل. فضلاً عن أن حظر الرجعية ينص في الدستور، لا يتعلق أصلاً بغير القوانين الجنائية<sup>(٢)</sup>.

(١) Witte v. United States, 515 U.S. 389 (1995).

(٢) See Kansas v. Handricks, decided by United States Supreme Court on June 23, 1997.

### الفصل الحادي عشر

#### الحماية للقانونية المتكافئة للحق في الحياة

#### The sight to

٨٨٧- ينافي الحق في الحياة زوالها أو إزهاقها بغير حق. والناس جميعهم يملكون هذا الحق لا يتميزون في ذلك عن بعضهم البعض. وتردده الموائيق الدولية جميعها. وهو كذلك حق قائم بغير نص فيها، إذ هو حق في الوجود وفي أن يكون للناس آمنين في أشخاصهم من صور الإقتراع على لختلافها، ومن عوامل القهر على تبليغ ضروبها، ومن مسائل الإذلال على تفاوتها في درجتها. وهو أدخل إلى البداة المنطقية، ولا ينفصل عن الناس في المراحل المختلفة التي يعيشونها، لأنه كامن فيهم *Inhérent à la personne humaine* ولا يباثرون غيره من الحقوق بتخلفه. فهو مقمتها والطريق إليها. بل إن حقوق الناس وحرياتهم جميعها تنهدم وتتهدم قيمتها بغير ضمان الحق في الحياة. وهو حق يقتضي فرض كلمة القانون على الناس جميعهم -حتى في أوقات التوتر ومظاهر الصراع الداخلي- حتى لا تختل فرائض أمنهم، وعلى الأقل في حدها الأدنى، من خلال مخاطر يتعرضون لها ولا يتوقعونها. ومن ثم كان منطقياً أن يكون هذا الحق مكفولاً بنص المادة الثانية من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، وأن يكون موقفاً من ضمان هذا الحق مستصحباً لحكم المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في ١٠/١٢/١٩٤٨ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة التي حرص ميثاقها على ضمان الحق في الحياة من خلال تدابير جماعية تتخذها الدول الأعضاء فيها على تقدير أن حق الناس في أن يكونوا آمنين في أشخاصهم وكذلك في حياة لاثقة<sup>(١)</sup> *La garantie d'une vie décente* حقان متداخلان، وأن ملتتخذة للدول من تدابير لصون الحق في الحياة - عقابية أو وقائية - يفترض أن تكون هذه التدابير من طبيعة عملية تتوافر بها فترض الحق في الحياة بصورة واقعية، فلا ينتهكها أحد بغير جزاء<sup>(٢)</sup>.

ولا يخل حق الناس في الحياة بالقيود التي تفرضها الدولة في نطاق تنظيمها المعقول للحرية، ولا بالقيود للمنطقية التي تقتضيها لصون أمنها وضمنان وجودها.

(١) ويلاحظ أن حق الفرد في حياة لاثقة، مقرر بنص المادة ٢٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تكفل لكل شخص الحق في مستوى من الحياة يكون كافياً لضمان صحته وراحته ولعيش عائلته. وهذا الحق مقرر كذلك بالمادة ١١ من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وهو مكفول أيضاً بالفقرة (١١) من ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦.

(2) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5e édition, pp. 312- 315.

ذلك أن مثل هذه القيود، تعتبر شرطاً مبدئياً ومنحلاً حيويًا لمباشرة كل حق أو حرية، سواء بصفة فردية أو جماعية. وهي كذلك ضرورة لحماية الناس في أموالها وأعراضها.

وقام بالتالي حق ضحايا الجريمة، هم ومن أضرّبوا منها من ذويهم أو من يحيطون بهم، في التعويض عن الأضرار التي أحدثتها، خاصة ما تعلق منها بأبدانهم.

ونقيم الموثيق الدولية علاقة واضحة بين الحق في الحياة، وبين حظر أعمال الدعاية التي تحبذ الأعمال الحربية وتروج لها. وتفرض كذلك حظراً كاملاً على إنتاج الأسلحة النووية والكيميائية وحيازتها ونشرها، باعتبارها من أدوات التدمير الشامل التي تلحق بالحق في الحياة مخاطر جسيمة يستحيل تجنبها أو الحد من آثارها.

ويرتبط الحق في الحياة كذلك بالأمن الدولي، وبضرورة أن تعمل الدول جميعها، وأن تتعاون على توثيق روابطها بالفراض تداخل مصالحها، وأن تقوم بتسوية خلافاتها عن طريق التفاوض لا بالقوة.

٨٨٨- ولا يقتصر ضمان الحق في الحياة على تأمين وجودها، وحظر كل عدوان عليها، وتقرير الفراض للملائمة التي ترد كل إخلال بها؛ وإنما يتعلق الحق في الحياة كذلك بالشروط الملائمة والضرورية التي تكفل لكل فرد حياة لائقة *Une vie dcente*.

ويندرج في ذلك، أن تكون للحياة مستوياتها اللائقة التي لا يجوز النزول عنها، وعلى الأخص من جهة ضمان حد أدنى من الشروط الصحية للناس جميعهم، وتأمينهم من الجوع والمرض والفرز، وضمان أماكن ملائمة بهجعون إليها من عناء يومهم<sup>(١)</sup>، والعمل بصورة مضطردة على تطوير أوضاع معيشتهم، وضمان الشروط الأفضل لعملهم، وتصعيد آمالهم في الحياة، وتقليص وفياتهم خاصة الأطفال منهم.

بيد أن الشروط المتقدم بيانها، والتي تتطلبها كرامة الإنسان كقيمة تعلو على كل صور امتنانها، والتي لا يتصور أن يحيا أحد بدونها حياة لائقة، تفترض إمكان تنفيذها قضائياً، وأن تعمل المسانير ذاتها على ضمان هذا النوع من الحياة. وهو ما تدل عليه الفقرة ١١ من ديباجة الدستور الفرنسي الصادر في ٢٦ / ١٠ / ١٩٤٦ التي تكفل للناس جميعهم - وللأطفال بوجه خاص - ولأمهاتهم، وللصالح الذين تقدم العمر بهم، الحق في الصحة، وفي راحتهم، وفي إجازاتهم، وفي ضمان أمنهم. فإذا لم يكن للفرد قلداً على العمل بالنظر إلى عمره أو لعجزه

(١) D C. no 94359 du 19-1-1995 .

بنديا أو عقليا، أو لأوضاع اقتصادية تحيط به، نعين أن توفر له الدولة وسائل ملائمة للعيش  
Des moyens convenables d'existence.

٨٨٩- وقد حظر القانون الدولي العام بعض الجرائم التي تقتصر حق الناس في الحياة  
ويندرج تحتها تعذيبهم، ومعاملتهم كالأقارب، والاتجار في أعضائهم واستمالتهم للفجور. وكذلك  
عقابهم بطريقة لا إنسانية، أو على نحو يمتن كرامتهم، وتكليفهم بالعمل سخرة<sup>(١)</sup>.

٨٩٠- ويظل الحق في الحياة مطلباً أساسياً للناس جميعهم. فلا يجوز إذلالهم ولا  
ترويعهم، ولا طعنهم بالقلق للدائم، ولا قهر إرادتهم إلى حد طمسها فلا يعرفون هويتهم،  
وعلى الأخص من خلال العقاقير الطبية التي تعطىها السلطة جبراً لمن أختطفهم من  
المواطنين، وأخفهم عن ذويهم.

وفي هذا الإطار، لا يجوز إجراء تجربة طبية أو علمية على شخص بغير رضاه<sup>(٢)</sup>،  
ولا الإخلال بتكامل بدن الإنسان سواء بالمعايشة الجنسية لإمرأة بالقوة أو حملها على  
الدعارة؛ أو بتعقيمها حتى لا تحمل، أو بإجهاضها قسراً أو بالتعامل فيها، أو بتعريضها لحيون  
يقتصبها.

٨٩١- وقد يعاون شخص آخر على الانتحار أو يشرع في ذلك، ويعتبر هذا العمل  
جريمة معاقباً عليها قانوناً في أكثر الدول. ولكن قوانين هذه الدول ذاتها قد تحول الأشخاص  
الميتوس من شفائهم -كالذين دهمتهم حادثة مزقتهم وأحالتهم وجوداً هامداً لا يحيا بغير  
لوسائل الطبية الصناعية، Persistent vegetative state الحق في رفض الاعتماد على هذه  
الوسائل التي تبقيهم على قيد الحياة. وهو ما يثير بالضرورة للنظر في مدى مخالفة هذه  
القوانين لشرط الحماية للقانونية المتكافئة.

ذلك أن هذه القوانين تميز بين الذين يعتمدون في بقائهم أحياء على وسائل طبية تحول  
نون موتهم، وبين الذين لا يعتمدون عليها، وإن كان مرضهم خطيراً، وفرصهم في النجاة من  
مخاطره، تكاد أن تتحطم.

(١) V. Ch. Chanet: La convention des Nations Unies contre la torture et d'autres peines ou Traitement cruels, inhumains ou dégradants ou A.F.D. 1, 1984.

(٢) انظر في ذلك نص المادة ٣٤ من دستور جمهورية مصر العربية التي تحظر إجراء أي تجربة طبية أو  
علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر. وكذلك نص المادة ٤٢ من الدستور التي توجب معاملة من  
يقتبس عليه أو يحبس أو يتقيد حرية بأي قيد، بما يحفظ عليه كرامة الإنسان.

فبينما تخول الفريق الأول الإسراع في إنهاء حياتهم برفض هذه الوسائل وطلبهم التخلص منها؛ فإن أفراد الفريق الآخر الذين لا يعتمدون عليها، لا يستطيعون الحصول على معونة طبية ينهون بها حياتهم، ولو أحاطتهم أمراض لا أمل في برئها، وكان مآل الأمر فيها إلى موتهم، كالذين نهش السرطان أجزاء من أبدانهم مستشرياً فيها بما يحرم أملهم في النجاة منها.

حال أن كثيرين يرون أن الفريقين في مركز قانوني واحد. ذلك أن الذين يرفضون وسائل إنقاذ حياتهم الطبية ويطلبون من أطبائهم التخلص منها، لا يختلفون في شيء عن الذين يطلبون من أطبائهم معاونتهم على الانتحار، خلاصاً من أمراضهم المبرحة آلامها، والتي لا أمل في شفائها.

كلاهما يعمل على إنهاء حياته؛ أحدهما برفض المعونة الطبية اللازمة للإبقاء عليها<sup>(١)</sup>؛ وثانيهما يطلبها للتخلص من حياة مقطوع بانتهائها.

غير أن الاتجاه القضائي في القانون المقارن، ينظر إلى هذا التمييز باعتباره غير منافي لشرط الحماية القانونية المتكافئة، وذلك تأسيساً على أمرين:

أولهما: أن شرط الحماية القانونية المتكافئة، لا يولد حقوقاً من طبيعة موضوعية، وموادة وجوب أن يعامل المشرع الأشياء المتشابهة بصورة واحدة؛ وإمكان أن يعامل الأشياء المتخالفة على نحو متغاير<sup>(٢)</sup>.

A State must treat like cases alike, but may treat unlike cases accordingly.

والدستور بذلك لا يتطلب أن تعامل الأشياء المختلفة في واقعها، أو من وجهة النظر التي تتعلق بها، بافتراض تساويها قانوناً فيما بينها.

ثانيهما: أن حق الأشخاص في طلب التخلص من الوسائل الطبية التي تقيهم أحياء، لا يؤسس على حق كضله الدستور لهم في التمتع بموتهم To hasten death. وإنما على الحق في ألا يس آخرون -ويندرج الأطباء تحتهم- أبدانهم بغير موافقتهم Unwanted touching.

ولا كذلك أشخاص يعينهم الأطباء على الانتحار بإعطائهم عقاراً قاتلاً، يكون منهياب من الأمراض التي يعانونها. ذلك أنهم يعمدون إلى قتلهم، ويخرجون بذلك عن أصول

(١) بعوض هؤلاء على وسائل صناعية بتقيهم.

(٢) Plyer V. Doe, 457 U.S. 202, 216 (1982).

مهنتهم في صون حياة مرضاهم لا تدميرها<sup>(١)</sup>. فليس ثمة حق لأحد في الانتحار، لا مباشرة، ولا عن طريق معونة يقدمها غيره له.

٨٩٢- وما أراه صواباً هو أن الحق في الحياة والحق في الموت، معنيان متضادان. ذلك أن أولهما إصرار عليها طلباً لبقائها. وثانيهما إقضاء لها وإنهاء لوجودها. ولئن كان الحق في الحياة مطلوباً ضمنانه، إلا أن قتل النفس ليس حقاً لأحد. إذ هو حرمان من الحق في الوجود بغير الوسائل القانونية السليمة<sup>(٢)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ أن من يقدمون على الانتحار بأنفسهم، وكذلك من يطلبون من أطبائهم معاونتهم في ذلك؛ كلاهما ينهيها بيده، أو بيد غيره. كذلك يفترض قيم تدممهم حادثة ننعهم معها أملهم في النجاة من عواقبها، أن الوسائل الطبية التي تغذيهم، هي التي تعينهم على البقاء أحياء Lifesaving hydration and nutrition. فإذا رفض هؤلاء المصابون تلك الوسائل، تعين أن تكون إرادتهم في ذلك إرادة قاطعة ولو عبروا عنها في مرحلة سابقة على الحادثة التي هشمتهم وجعلتهم غير واعين بما يدور حولهم<sup>(٣)</sup>.

ولكن الفرض فيهم أنهم صاروا مهتمين من كل الوجوه، تحيطهم غيبوبة كاملة، لا يدركون معها شيئاً مما حولهم.

ولا يتصور بالتالي -حتى مع افتراض جواز إنهاءهم لحيلتهم من خلال طلبهم انتزاع الأجهزة التي تقيهم أحياء- أن يحل آخرون محلهم في ذلك، ولو كانوا من آبائهم أو أمهاتهم أو أولادهم أو أقربائهم.

(١) Vacco, v. Attorney General of New York, decided by United States Supreme Court on June 26, 1997.

(٢) يندرج تحت الوسائل القانونية الجائزة، أن يصدر حكم قضائي بإعدام قاتل أو تقييد حرية من خلال عقوبة بدنية، كالإشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة أو السجن أو الحبس.

(٣) يقع أحياناً أن يتعرض الإنسان لحادثته تتدخل معها وظائفه الحيوية، فلا يمي شيئاً مما يدور حوله، وإن ظل باقياً على قيد الحياة بحكم الوسائل الطبية التي تغذيه وتقيه حياً، فإذا كان قبل تعرضه لهذه الحادثة، قد ذكر لصديق أو غيره أنه يرغب في التخلص من الوسائل الطبية الإصطناعية التي تقيه حياً إذا تعرض لحادثة يصير بسببها بغير أمل في النجاة منها، تعين إعمال إرادته في ذلك وسحب الأجهزة الطبية التي تقيه حياً. وإذا بهي الأطباء حيالته لسحب هذه الأجهزة من بدنه، فإنيهم لا يفعلون شيئاً أكثر من الاستجابة لرغبة مريضهم.

ولئن كان الأشخاص الذين يطلبون من أطبائهم في أيامهم الأخيرة، معاونتهم على الخلاص من الحياة، بالنظر إلى استحالة أمراضهم التي تدل الحقائق العلمية على استحالة البرء منها؛ إلا أن من الصعوبة الجزم بنوع الأمراض التي يصير بها موتهم وشيكا Terminally ill، ولا القول -وكد طحتهم الأم أمراضهم- بأنهم قصدوا بكامل وعيهم، إنهاء حياتهم؛ ولا الفصل بصفة قاطعة فيما إذا كانوا قد اختاروا حق إنهاء حياتهم بكامل وعيهم -Mentally competent. ذلك أن أمراضهم تشقهم وتعذبهم، وتعرضهم لآلام مبرحة لا يتصور معها إدراكهم ما يفعلون.

فضلاً عن أن إرادة الموت لا يملكها أحد، وإلا جاز لكل امرأة أن تجهض نفسها ولو نصحتها الأطباء بأن هذا الإجهاض مؤد إلى موتها بالضرورة. وجاز كذلك لكل إنسان أن يقرر متى يبقى حياً ومتى ينفى. وهو ما لا حق لأحد فيه، ولو بالتفرع بالحرية الشخصية أو التخريج عليها. ذلك أن الحرية في معناها الحق، تناقض انفلاتها إلى حد إعدام الشخص حياته بنفسه.

٨٩٣- وثمة فارق كذلك بين المصابين في حادثة هشمته، ولم تق لهم شيئا من وظائفهم الحيوية، إذ يعاملون بوصفهم ميتين فعلا بالمقاييس العلمية. ولن تخرجهم الأجهزة الطبية -التي تعينهم على البقاء في صورة الأحياء- من حالة العدم التي هم فيها(١)؛ وبين الذين يطلبون من أطبائهم معاونتهم على الانتحار، ولو كانوا مصابين بأمراض عضال يكون موتهم بسببها وشيكاً، وأملهم في الحياة منتهياً.

ذلك أن أفراد الفريق الثاني أحياء، فإذا أعانهم الأطباء على الانتحار، فإن معاونتهم هذه تستحق موتهم. وهو ما لا يجوز، خاصة وأن القول بجواز الانتحار لا إجماع فيه، لا بين الفلاسفة ولا بين رجال الدين والفقهاء.

(١) في القضية. Crwzan v. Director, Missouri Dep't of Health 497 U.S. 261 (1990) قضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية بمسئورية تشريع صدر عن ولاية ميسوري يجرى نزع أجهزة الإعانة الطبية التي يبقى بها أشخاص مهشمون على قيد الحياة بشرط أن يتفق نزعها، وإرادة سابقة واضحة للمريض Consistent with the patient's previously manifested wishes بل إن المحكمة في هذه القضية تفرق بين هؤلاء المرضى الذين تبقى حالتهم مستقرة بفضل الوسائل الطبية لأكثر من ثلاثين عاماً -وهو ما شهد به الشهود في القضية المذكورة، وبين المرضى الميؤوس من شفائهم بالنظر إلى خطورة مرضهم ولو كان مرضهم مفضيا إلى موتهم Terminally ill.

فمنهم من يقول بأن الانتحار عمل جبان يناقض إرادة الحياة، ودلائل الوجود *l'ine* *lâcheté devant les épreuves de L'existence*، أو هو إحلال لإرادة الفرد محل إرادة خالق بيده وحده إحياء الناس وإماتتهم.

L'appropriation d'un pouvoir sur la vie qui n'appartient qu' à Dieu maître de la vie et de la morte.

ويراه فريق آخر رد فعل في مواجهة نكول الجماعة عن ولجها في تحقيق التضامن الاجتماعي بين أفرادها.

ويصوره آخرون بأنه للتعبير الأعلى عن الحرية الفردية التي يملكها الناس جميعهم، ويتصرفون بها في أبدانهم<sup>(١)</sup> L'expression supreme de la liberté individuelle. وأن المنتحرين لا يصيبون غير أبدانهم هذه بالضرر، ولو من خلال إضرابهم عن الطعام لأغراض سياسية، أو عن طريق تعاطيهم جرعة من دواء يقتلهم. وكذلك يرفضهم للعلاج من أمراضهم، بقصد التخلص من حياتهم.

بيد أن الآراء التي تقول بجواز الانتحار باعتباره نتاج الإرادة الحرة، يعيبها أن الناس لا يملكون حرية مطلقة على أبدانهم. إذ لو صح هذا القول، فلماذا جرم المشرع دعارة المرأة ولو بغير أجر، بالرغم من أن المرأة الداعرة تخالط بإرادتها الحرة الرجال بغير تمييز!!

ولم أتم المشرع كذلك إتيان الرجال فجوراً!!؟ وعارض صوراً من الإجهاض تأكيها للمرأة بإيرانتها على بدنها!!!

ولم حظر نقل أجزاء من الأبدان إلى آخرين -ولو لإتقاذ حياتهم- إلا إذا كان هذا الإجراء بغير مقابل، ولا يلحق ضرراً بالمتبرع!!؟

ولم أبطل المشرع كل تعامل في الأبدان أو أطرافها ينافي تكاملها، أو ينظر إليها باعتبارها محلاً لحقوق مالية<sup>(٢)</sup> يجوز نقلها إلى آخرين<sup>(٣)</sup>!!؟.

(١) Jacques Robert, Droits de L'homme et libertés fondamentales, e édition, P. 210.

(٢) ينظر البعض إلى حق المشيشين في رفض بقاء الأجهزة الطبية التي تعينهم على الحياة، باعتبارها مندرجاً تحت حق الشخص في رفض العلاج الطبي.

### ثالث الرابع

### القانون أداة تنظيم الحقوق وقد بطوقها

### الفصل الأول

### امتناع تجريم المصالح التي كفلها الدستور

٨٩٤- يكفل الدستور في صلبه كثيرا من الحقوق بالنظر إلى حيوية المصالح التي تخالطها وتوجهها، من بينها الحق في الحرية الشخصية، وفي حرية الاختيار والتميز، وفي ضمان خواص الحياة، وفي الإطلاع على العلوم علي اختلافها، وفي موجهة إساءة استعمال السلطة، وفيما ينبغي أن تنقيد به النظم الجنائية سواء من جهة الأفعال التي يجوز أن تؤثمها أو قدر عقوباتها، وفي حرية اختيار المهن والأعمال التي نطلبها، وفي حق الحصول على أجور متماثلة عن الأعمال عينها.

فما هي حدود كل حق أو حرية منها؟ وهل يجوز -وفيما خلا حرية العقيدة والحق في التعددية- وصفها بالإطلاق. فإذا جاز تنظيمها.. فما هي حدود هذا التنظيم، وهل يجوز القول بأن لكل حق ولكل حرية دائرة منطقية لا يجوز اختراقها.. وما هي حدود هذه الدائرة.. وما نوع المصالح التي تتزاحم عليها لتقدير ما يلائمها من القيود. وهل ينظر في مجال تحديد دائرة حقوق المواطنين وحرياتهم ونطاق القيود التي يجوز فرضها عليها، إلى أوضاع تطبيقها، ومبادئ مطلوباتها؟ أم يتعين تحديد بنياتها في صورة مجردة تفصل عن واقعها.

٨٩٥- تلك جمعها معان قد تختلط ببعضها في مجال بيان الدائرة المطلقة لحقوق المواطنين وحرياتهم، وإن تعين القول بأن لكل حق ولكل حرية أغراضا يستهدفها، فلا يجوز تنظيمها بما يخل بهذه الأغراض أو يجاوزها، ولا تقييده بنصوص قانونية يستحيل عقلا ربطها بها. وفيما وراء هذه التخوم، لا يجوز تنظيم الحق والحرية إلا في دائرة منطقية لا يفقد بها وجوده، أو معناه ولا يتخلص من أطرافه بما يضائل من جواهر. ومن ثم يكون لكل حق أو حرية نواة Nucleus لا يجوز أن تتهدم أو تتآكل لأنها بؤرة الضوء فيه، والخلية التي ينبثق منها والتي تعطيه الحياة التي يتكسب من خلالها. فإذا انقضض المشرع عليها أو أرفقها بما يعوق حركتها المنطقية، زال وجود الحق أو الحرية، أو لم يعد هذا الوجود فاعلا.

فنحن إذن أمام حقوق كفلها الدستور في صورة واقعية لا مجردة، متوخيا بإحداثها أن تحقق في تطبيقاتها العملية، الأغراض المقصودة منها دون زيادة أو نقصان. فلا هي فوق السلطة، ولا السلطة فوقها. وإنما تعمل هذه الحقوق في نطاق توازن اجتماعي يتوخى التوفيق قدر الإمكان بين زحام المصالح التي تلابسها.

٨٩٦- فالحق في الاجتماع ليس إلا إطاراً واقعياً لحرية التعبير. ذلك أن أفرادهم يدخلون فيه -لا لتضمهم جدران مخفية يقعون داخلها صامتين، وكان علي رؤوسهم الطير- وإنما هم معنيون ببعض الشئون التي يريدون مناقشتها- لا لأنهم اتخذوا من قبل موقفاً نهائياً بشأنها - وإنما طلبوا لحوار حولها، سواء كان هذا الحوار هادئاً أم صاخباً، جارحاً في بعض كلماته، أم معتدلاً، متقدماً عاطفياً أو متوازناً. فكل أولئك أشكال من للحوار لا تنفض من قيمته ولا تنتقص من ضرورته. وهي بذلك مدخل هام من مداخل حرية التعبير التي تفترض حق الناس جميعهم في التعبير عن آرائهم التي يريدون إعلانها، وتلقيها من آخرين، ونقلها منهم -من خلال ترويجها- إلى دائرة أعرض، سواء كان التعبير حركياً لم قولاً أم رمزاً، أم صورة أم رسماً، أم بكل هذه الوسائل جميعها وبغيرها، حتى تظل الكلمة انتقاء حراً ونبعاً صافياً لإرادة الاختيار التي تفترض مباشرتها بعقل مفتوح، وبقوة دافعة وثقة لا وجل فيها ولا تهاون.

٨٩٧- وتظل للكلمة أهميتها أياً كان مصدر رسالتها أو مضمونها. فما نراه سقيماً من الآراء قد يكون أرجحها قبولاً. وما يكون بغيضاً من صورها قد يكون للحقيقة التي أخفتها في إدراكها، وما لا نفهمه من ملامحها قد يكون هو الأكثر اعتدالاً.

وليس لأحد أن يفرض علي غيره وصاية فيما يراه من الآراء صواباً، ولو لم تكن في حقيقتها غير بهتان عظيم. فالآراء لا تحيا في مياه راكدة، ولا آسنة. ولكن بيتتها هي التي تثريها أو تجديها؛ تطيحها قوتها، أو تخفض قيمتها؛ تردها إلي حكم العقل، أو تفرض عليها مظاهر التسلط؛ تغلبها بنظرة متسامحة أو تزدريها بعين ساخطة، تمنحها مجالاً حياً يكفل ذيوها، أو تحيطها بقضبان من حديد تعقلها؛ توفر لها مقامها وأغلاها أو تطلق سراحها من أسرها؛ تنقهمها وتتفاعل معها، أو تكبلها حتى لا ينفذ أحد إليها. وما كان الدستور ليكفل حرية التعبير في نطاق لا يؤمن بضرورتها، ولا بأن الآراء حتى مع تصالها تظل نبأ الحقيقة التي نريد معرفتها، ولا بأن القائلين بها لا يجتمعون علي كلمة واحدة إلا في قليل من الأحوال.

وتظل الكلمة هي الكلمة، قوتها في الإصرار عليها وحيوتها في الإعلان عنها أو الجهر بها، وقيمتها في كونها تعبيراً عن إرادة لا يجوز طمسها، ولا تحريفها، أو إرهابها بما يرذها عن الدائرة للمنطقية لحركتها.

وهي تمثل في النظم الديمقراطية أكثر روافدها عطاءً، وأبلغها كثراً، وأفضلها طريقاً إلى التغيير، وأحقها بالدفاع عنها والتكفل وراءها. ولا تزال الكلمة حواراً في وسط اجتماعي، فلا تهيم في الفضاء، ولا تنقل موازينها كراهة لها. إذ هي دوماً طريق إلى التغيير بالوسائل السلمية. فلا تجوز مصاردة أدواتها، ولا نقض محيطها.

ويقدر اتساع قاعدتها، لتحدد درجة تأثيرها في الجماهير، وأصناف خياراتها ونوع المصالح التي تقبلها، وطرائق الحياة التي تميل إليها.

بيد أن الكلمة التي ننطق بها وإن كان يحكمها أصل اللحن، إلا أن تجريدها يجوز في أحوال استثنائية تفصل بين ما هو مشروع وغير مشروع من صورها. كذلك فإن دائرة تنظيمها تبلور ما يجوز أن يفرض عليها من القيود بما لا يقوضها أو ينتقصها من أطرافها. ولا يدخل في إطار القيود للجائزة علي حرية التعبير، تطويق هذه الحرية لمواجهة مخاطر متوهمة، أو مخاطر متوقعة ليس لها من إحداثها ووضوحها ما يبرحها كقيد علي تلك الحرية.

ويتعين دائما إذا قيل بأن بعض الآراء تلبسها مخاطر داهمة، أن ننظر إلي نوع المصلحة التي تمسها وأثرها عليها. ذلك أن حرية التعبير ما كفلها الدستور إلا بقصد إثرائها، وبما لا يخل بجواز تقييدها في دائرة ضيقة، هي التي يكون للتعبير فيها موديا حالا ومباشرة، وبصورة واضحة لا تخطئها العين، إلي تقويض أو تهديد مصلحة حيوية لها من أهميتها بوجه عام، ما يقيدها فوق حرية التعبير.

وما قلناه في شأن حرية التعبير ينطبق بالقوة ذاتها علي حرية الاجتماع، وهي إطار حرية التعبير فلا يجتثها المشرع من منبتها، ولا يحيطها بقيود ترفتها، ولا يواجهها بوصفها مدخلا يخول السلطة مطاردة خصومها وتعقيمهم من خلال تجريم صور الاجتماع علي اختلافها ولأيا كان غرضها، وكان الدخول في لاجتماع معين قرين للجريمة، أو هو للطريق إليها.

٨٩٨- وفضلا عن أن حرية التعبير والحق في الاجتماع لا يجوز تقييدهما في غير ضرورة، فإن الحرية للشخصية ينال منها تقويض إرادة الاختيار الكاملة فيها، والتي تبلور الشخصية الإنسانية في جوهر ملامحها. وهو ما يتحقق علي الأخص من خلال حمل أشخاص علي الشهادة التي تدينهم، فلا يكون الإدلاء بها غير تعبير عن منطق القهر والإملاء. وكلما كان المخاطبون بالقوانين الجنائية لا يملكون غير خيار الخضوع لأحكامها، أو حملهم جبرا علي الإدلاء بشهادة يريون كتمانها، حتى لا ينهوا جلتيا بسببها، فإن هذه القوانين تكون مخالفة للمستور، شأنها في ذلك شأن القوانين الجنائية التي تؤثم أفعالا بذواتها، وتقترض علي من يأتونها صورا من الجزاء لها من ضرورتها ما يختل به التوازن بين الجريمة وعقوبتها. فلا تكون عقوبتها هذه غير تعبير عن منافاتها للقيم التي ألفتها الدول المتحضرة في مظاهر سلوكها المختلفة، وعلي الأخص كلما كان تقدير عقوبتها وقعا في إطار نظرة متخلفة ترتد إلي حقبة ماضية تبتذنها أسرة الأمم في مفاهيمها الأكثر تطورا.

٨٩٩- ولأن الجريمة الواحدة لا تترتب وزرين، فإن معاقبة للشخص عنها أكثر من مرة، يكون كذلك مذافيا القيم التي احتضنتها الأمم المتحدة. ولا يجوز بالتالي أن يكون الاتهام متلاحقا عن الجريمة ذاتها، ولو أعطي المشرع الواقعة الإجرامية ذاتها، تكييفا مختلفا. وتطبق هذه القاعدة حتى في الدول الفيدرالية التي تتوزع السيادة فيها فيما بين ولايتها من جهة والسلطة الفيدرالية من جهة أخرى Separate Sovereignities.

ذلك أن السيادة -سواء كانت موزعة في الدول الفيدرالية، أم مجمعة في الدول البسيطة للتكوين- هي في النهاية سيادة في دولة واحدة لا تتجاوز مبادئها الخط الخارجي لحدودها الإقليمية. ولا يجوز بالتالي لولاية في تنظيم فيدرالي -وعلى ما نراه- أن تعاقب متما مثل أمامها وفقا لقوانينها، في شأن جريمة كان قد حوكم عنها أمام محكمة فيدرالية، ولو كان نشاط الجاني يكون جريمة فيدرالية وجريمة محلية في آن واحد، بشرط أن تتحد الجريمتان في أركانها.

ذلك أن كل ولاية، وإن كان لها تشريعاتها التي تخولها القصاص من الجناة عن جرائمهم التي يرتكبونها في إقليمها ولو كان المشروع الإجرامي قد انبسط إلى حدود أكثر من ولاية- إلا أن ملاحقة للشخص عن الجريمة ذاتها لمجرد تعدد القوانين التي تعاقبه عنها، يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة. ومرد ذلك أن هذه القوانين جميعها تطبق في دولة واحدة.

ويزيد الأمر سوءا أن الولاية في الدولة الفيدرالية قد تقبل بحكم قضائي صدر عن دولة أجنبية في شأن شخص مقيم في الولاية، فلا تعيد محاكمته من جديد أمامها، ولو كانت الجريمة التي ارتكبها، مؤتمة كذلك بمقتضى قوانين الولاية. وأولى بها أن تنزل على قضاء صدر عن ولاية غيرها، أو عن السلطة الفيدرالية الوطنية، في شأن الجريمة ذاتها. ذلك أن المستور وإن كان قد احتجز لكل ولاية بعض مظاهر السيادة التي لخصتها بها، إلا أن عليها أن تباهر هذه السيادة بالتوافق مع السيادة الفيدرالية وليس بما يناقضها. فضلا عن أن وحدة شعوبها تقتضيها أن تطبق قوانينها بطريقة منصفة، وبما يكفل رخاءها العام، وليس بما يقوض هذه الوحدة أو ينقصها. وحقق العدل ومعبوداتها، يناقض كذلك ملاحقة شخص عن الجريمة ذاتها أكثر من مرة سواء أدين عنها. أو اعتبر بريئا منها.

٩٠٠- وقد آل تطور حقوق الإنسان إلى حظر كل عقوبة أو معاملة تكون قاسية أو مهينة، وإن ظلت تحديد ماهية هذه الحقوق أو المعاملة، عصيا على البيان. وتردد الوثائق والعهود الدولية هذا الحظر. وهو ما تقرر بنص المادة ٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛

وينص المادة ٧ من العهد الدولي للحقوق المدنية السياسية، وينص المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الرئيسية، وينص المادة ٢٥ من الإعلان الأمريكي لحقوق الرجل وواجباته التي تقضى بأن لكل فرد الحق في معاملة إنسانية خلال فترة احتجازه؛ وينص المادة (٥) من الاتفاقية الأمريكية في شأن حقوق الإنسان التي تكفل لكل شخص تكاملاً في قواه العقلية والخلقية والبدنية؛ ولا تجوز تعذيبه أو تعريضه لمعاملة أو لعقوبة غير إنسانية أو مهينة؛ وتوجب معاملته -كلما حرم من حريته- بما يحفظ عليه كرامته؛ وتحظر امتداد العقوبة لغير الجناة.

ولا تزال عقوبة الإعدام تثير جدلاً عريضاً بين الفقهاء والقضاة ورجال علم الاجتماع. ذلك أن مفاهيم القصاص الكاملة فيها، لم تردع آخرين عن إتيان الجرائم المؤدية إليها، وتعارضها بعض الدول التي لا تزال تعطى للحياة قيمتها. وقيل في ذلك بأن مفهوم الردع وإن كان يبلور الغاية النهائية لهذه العقوبة؛ إلا أن من غير المقبول إجهاض حياة الإنسان بناء على حكم قضائي يحتمل الخطأ، أو على ضوء تطبيق القضاة لهذه العقوبة بمعايير مختلفة يناقض بعضها البعض، ولا تكفل الجناة بالتالي تسليوهم في فرض فرضها.

وقد كان من شأن الهجوم المتصاعد على عقوبة الإعدام، ولقول بانتفاء طبيعتها الخلقية ومناقضاتها للإنسانية وملاءمتها، أن قل عدد الأشخاص الذين يماثلون إليها بأحكام قضائية، بالرغم من ازدياد الجرائم التي تستوجبها. وتضائل كذلك عدد الأشخاص الذين تنفذ فيهم هذه العقوبة بعد توقيعها بما يؤكد النور العام منها، وتردد القضاة في فرضها والجهة الإدارية في تنفيذها.

ولما كان شأن عقوبة الإعدام من جهة قصونها أو القول بمنافاتها القيم الإنسانية، فإن إيقاع هذه العقوبة يفترض توافر وسائل إجرائية وتحقيق ضوابط موضوعية.

وتأخذ الأشكال الإجرائية لهذه العقوبة في حسابها، طريقة تشكيل الجهة القضائية التي تختص بتوقيعها؛ وما إذا كان حكمها بتوقيعها مطلقاً على إجماع أعضائها؛ أم كان جائزاً صدور بموافقة أغليتهم؛ وما إذا كان توقيعها تحكيمياً؛ وما إذا كان فرضها اختيارياً. وتحدد القيم المعاصرة ضوابط فرض هذه العقوبة، ولا تجوز أن يكون توقيعها واقعاً في إطار السلطة التقديرية المطلقة، وتقضى أن تصاغ القوانين التي تفرضها في حدود ضيقة، وأن تحدد هذه القوانين بصورة جلية لا خفاء فيها شروط تطبيقها.

ويظل مطروحاً أمام جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، ما إذا كانت هذه العقوبة - ويغض النظر عن الأشكال الإجرائية التي تحيط بتوقيعها - تعتبر في محتواها - عقوبة قاسية لا يجوز فرضها.

ذلك أن القول بقسوة العقوبة، من النفع الموضوعية التي تتصل بمضمونها. وهي قسوة تبدو متناهية في شدتها مادياً ونفسياً من خلال عقوبة الإعدام، وعلى الأخص بالنظر إلى طول المدة بين توقيعها وتنفيذها. وهي مدة يقضيها المحكوم عليه بها متربصاً لحظة إنهاء حياته وتكميره بصفة نهائية، فلا يبقى له من وجود. كذلك يميل الاتجاه العام في كثير من الدول إلى إلغاء هذه العقوبة سواء بصفة فعلية أو قانوناً بما يؤكد أن هذه العقوبة لم تعد تمثل اليوم - في بقائها - حقيقة تاريخية. بل إنها تناقض القيم المعاصرة وتزيد في قسوتها على أية عقوبة تقبل بها الدول الحرة. ومن شأنها الحط من كرامة المحكوم عليهم بها. وهي كذلك عقوبة انتقالية أحياناً لافتقارها إلى الضوابط الواضحة التي تضيق من نطاق تطبيقها. وقد يقع التمييز في مجال فرضها بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة.

بيد أن المبادئ بإلغاء عقوبة الإعدام، فانهم إنها قصاص عادل في شأن جرائم القتل، وأنها لا تعتبر قاسية بالنظر إلى خصائص الجرائم التي تقابلها، وهي جرائم خطيرة بطبيعتها تقض أمن الجماعة وتزعجها، ويتعين بالتالي ردع مرتكبيها.

٩٠١ - تلك صور من القيم التي احتضنتها الدساتير، والتي لا يجوز للمشرع أن ينتهكها وعلى الأخص من خلال جزاء جنائي يسقطها. ذلك أن الدستور ما قرر هذه القيم إلا لضمان المصالح التي ترتبط بها. وجميعها مصالح يتصل صونها بكرامة الإنسان التي ينالها حمله على الخضوع للسلطة حتى لا ينطق، ولباسها حتى ينزل عن غيره، ولقسوتها ولو كان فعلها تعذيباً أو تنكيلاً أو مصادرة للحق في الكلمة، أو للحق في الإبداع، أو للحق في تكامل الشخصية، أو للحق في حرية مفتوحة لأوبائها، وفي وسائل العيش تنهياً طرائقها، واشكالاً من الاختيار تتعدد دروبها، ونوافذ من المعرفة عريضة مداخلها، وروافد للملكية الخاصة لا يجوز أن تفتل حرمتها. فذلك كله بعيد عن تدخل المشرع، وعلى الأخص من خلال جزاء جنائي ينال من الدائرة المنطقية لكرامة الإنسان التي تقتض ألا يستعبد، وأن يعمل، وأن يطور من ظروفه ومملكته، وأن يشق باجتهد طريقه إلى حياة أفضل، فلا يصعد وجهه لغير الله تعالى إذا حزبه أمر.

٩٠٢ - ويؤثر الإبداع في العلوم والفنون في حياة الدول جميعها، ويعطيها وجهها المشرق، ويكمل حيوتها وتقدمها، واتصال مظاهرها للتطور فيها بالأمال المعقودة

عليها. ولا يجوز بالتالي أن يتقيد الإبداع بقيود لاينطلق معها إلى الأفاق الجديدة التي يتعين أن يقتحمها، ولا أن يكون من شأن هذه القيود الحد من تشجيعه ثوبياً وانطلاقاً. بل إن الحق في الإبداع يكاد أن يكون من الحقوق التي لا يجوز تقييدها مالم يكن في بعض صورته، منافياً للقيم الخلقية في أصولها وثوابتها، أو ملحقاً الإنسانية أضراراً لا يجوز القبول بها، أو منافضاً من وجه آخر، للفرائض العلمية في جوهر مكوناتها.

٩٠٣- وعن كلمة الإنسان، يتفرع الحق في الحرية بما يؤمنها ضد القبض و الاعتقال غير المشروع، ويصون أدواتها في التعبير، وركائزها في العقيدة وقواعد ممارستها، ومتطلباتها في الانطلاق بالخلق والابتكار إلى أفاق لا حدود لها، لتصفو حرية للبدن وللعقل وللضمير، ولتكوين أسرة تكون هي الخطوة الأولى في التقدم.

٩٠٤- تلك صور من الفرائض التي تستلهمها النظم الديمقراطية أو تقوم عليها، ولا يجوز لقانون جنائي أن يشرع علي خلالها، وإلا ناقض الدستور. ولا يجوز كذلك في إطار هذه النظم الديمقراطية أن ينال المشرع من جوهر الحق أو الحرية، أخذاً في الاعتبار أن هذا الجوهر Nucleus هو النطاق المنطقي لمباشرتهما ولتحقيق فعاليتهما. ذلك أن الحقوق والحريات جميعها مردها إلى مصادرها التي يستقيم بها وجودها. فلا يخل بنيران الحق أو الحرية من خلال قيود غير مبررة، سواء في مضمونها، أو مسألتها، أو أهدافها، على أن يكون مفهوماً أن النطاق المنطقي للحق أو للحرية، إنما يتحدد ليس فقط على ضوء حقيقة فحواه ودرجة اخلال النصوص القانونية بصحيح مضمونه، وإنما كذلك على ضوء الآثار العملية التي رتبها والتي ترصدها الجهة القضائية لتحديد قدر تأثيرها في أوجه الحماية التي كفلها الدستور لحقوق المواطنين وحيرياتهم.

### الفصل الثاني

#### القانون أداة تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم

##### أولاً

##### مفهوم هذه القاعدة

٩٠٥- وسواء ورد النص على حقوق للمواطنين أو حرياتهم في الدستور، أو في وثائق إعلان الحقوق، أو كان المشرع مصدرها المباشر، فإن تنظيمها بأداة أنى من القانون لا يجوز. وإنما يتم ذلك بالقانون يحيط بها، أو يتناولها على الأكل في خطوطها الرئيسية، على أن تقرر السلطة التشريعية التي تدبر بنفسها -من خلال أعضائها الذين يمثلون هيئة الناخبين- حواراً جاداً وحقيقياً وعلنياً حول موادها جميعها بعد بصرها بجوانبها المختلفة، ونظرها في مثالبها ومزاياها، وقدر تحقيقها لأهدافها، والبدائل الأفضل لضمان الأغراض المقصودة منها.

فلا يكون الحوار حول مضمون القانون، ومقاصده، خفياً ولقماً خلف جدران مظلمة. La publicité des débats parlementaires، وإنما يقوم هذا الحوار على آراء مختلفة يقارع بعضها البعض، وتتوعد لتجاهاتها، وتتعدد مدخلها، وتتزاحم القيم التي تدور حولها. فلا تتوافق هذه الآراء فيما بينها، ولكنها قد تتعارض في جملتها، ليخرج القانون من رحمها على ضوء طول توفيقية تزيل ما بين مواد القانون من تناقض وما بين المصالح المثارة فيه من تخالف، فلا يكون القانون في صورته النهائية غير حصاد آراء متوافقة -على الأكل في العريض من خطوطها- لينجو من تدخل السلطة التنفيذية التي لا يجوز لها أن تؤثر في نصوص القانون بضغوطها أو بإغوائتها؛ ولا أن تعطل مباشرة السلطة التشريعية لاختصاصاتها التي تمارسها في الحدود التي نص الدستور عليها. بما يجعل إقرار القانون عملية حرة بطبيعتها، بعيدة عن الاندفاع أو السطحية، وقائمة على تحليل أحكامه وتقييمها، فلا يقر البرلمان قانوناً تهوراً أو استهواء<sup>(١)</sup>.

(١) Charles Debbsch ; Jean - Marie Pontier ; Jacques Bourdon et Jean Claude Ricci, Droit Constitutionnel et institutions politiques, 3e édition augmentée et corrigée, Economica pp.552-533

### ثانياً

#### احتجاز الدستور بمسائل بذواتها لتتظلمها السلطة التنفيذية،

##### لا يمنع من تدخل البرلمان تشريعاً فيما سواها

وحتى فى ظل الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ الذى اعتبر كافة المسائل التى لم يعود الدستور بها إلى البرلمان، من طبيعة لائحة<sup>(١)</sup>، يظل للبرلمان أن يشرع فى كافة المسائل التى يتولاها وفقاً للدستور. وهى مسائل قد تبدو محدودة فى نطاقها، ولكن يكفيها أنها تتناول فى بعض جوانبها تحديد الضوابط الرئيسية التى يباشر المواطنون فى نطاقها حقوقهم وحرياتهم بما يؤكد ضماناتها ويكفل بالتالى فعاليتها.

La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques

### ثالثاً

#### بين خلق القاعدة القانونية وتنفيذها

تعمل السلطة التنفيذية فى حدود القوانين القائمة، وتحرص على تنفيذها فى إطار مسؤوليتها ووفق ولجباتها<sup>(٢)</sup>.

ومسواء احتجز الدستور للسلطة التنفيذية مسائل تشريعية بطبيعتها، واختصها وحدها بتقرير القواعد القانونية التى تحكمها، أم تولى للبرلمان وفقاً للدستور الولاية التشريعية بكامل مفرداتها، لتحيط القوانين التى يقرها بكل شأن عام، فإن عليها ألا تطلق يدها فيما يتولاها البرلمان أصلاً من الشؤون .

ولا يجوز لها بوجه خاص أن تنفذ قانوناً بما فيه تعطيل أو تعقيد لأحكامه أو إعفاء منها؛ ولا أن تحصل من البرلمان على تفويض عامض الأبعاد أو عرض الاتساع لتدخل به نفسها جانباً هاما أو رئيسياً من الولاية التشريعية؛ ولا أن تهبط بحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية إلى ما دون مستوياتها التى درج العمل فى الدول الديمقراطية على التقيد بها؛ ولا أن تعطل

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ على أن كافة المسائل التى لا تدخل فى مجال القانون، تكون لها طبيعة لائحة

Les matieres autres que celles qui sont du domaine de la loi, ont un caractère réglementaires.

(٢) يقع كثيراً أن يكلف البرلمان السلطة التنفيذية، بوضع اللائحة التنفيذية للقانون خلال أجل محدد، إلا أن هذا الأجل لا يعتبر محدداً بقاعدة آمرة لا يجوز تجاوزها، وإنما هو مهلة تنظيمية فقط.

الانتفاع بها بما يحصلها أجاز نخل خاوية لا قيمة لها سواء بقتل نواتها Nucleus أو بانقاصها من أطرافها.

#### رابعاً

#### مضمون القانون وطريقة تنفيذه

ليس كافياً أن توافق القوانين التي يقرها البرلمان نصوص الدستور في الأشكال التي تفرضها، والمضامين التي تقتضيها. ذلك أن طريقة تنفيذها هي الخط الفاصل بين صورتها النظرية وحقائقها العملية. ونحن بالتالي أن يكون تنفيذ القانون وإلزاماً في إطار المفاهيم التي التزمها الأمم المنخفضة في مجال ضمانها لحقوق المواطنين وحرياتهم، وعلى الأخص تلك التي منحها موثيق حقوق الإنسان، صفة دولية، كالحق في الحياة، وفي الحرية، وفي الملكية، وفي ضمان حرية التعبير.

بيد أن تنفيذ القانون يتأثر بما إذا كان مضمونه قد تحدد وفق ضوابط منطقية وازن المشرع من خلالها بين كافة البدائل التي لها صلة بموضوع القانون، واختار أقلها إرهاباً<sup>(١)</sup>، وألربها إلى تحقيق الأغراض التي يستهدفها، ولو لم يكن الدستور قد حصر حقوق المواطنين وحرياتهم في قائمة مغلقة. ذلك أن النص في الدستور على حقوق بذواتها، لا يفيد عدم استحقاق المواطنين لغيرها مما يتصل بالشئون التي تعينهم، وترتبط آمالهم بها<sup>(٢)</sup>.

وقاعدة اختيار البديل الأقل إرهاباً، هي التي قننتها المحكمة الدستورية العليا وذلك من خلال تقاريراتها التي تؤكد فيها ما يأتي:

أولاً: أن الحكم الشرعي وكلما كان تكليفاً - يفترض دوماً أن يكون مقدوراً للمكلفين داخلاً في وسعهم<sup>(٣)</sup>.

(١) يلاحظ أن اختيار البديل الأقل إرهاباً يندرج في إطار المفاهيم التي أقت بها الشريعة الإسلامية التي تمنع إيقاع الناس في الحرج.

(٢) يقضى التحليل التاسع للدستور الأمريكي بأن النص في الدستور على حقوق بعضها لا يجوز أن يفسر بمعنى إنكار حق الشعب في الحقوق الأخرى التي استبقاها لنفسه. انظر في ذلك:

The federalist No. 84 (Modern Library ed. 1937) 3 story, commentators on the Constitution of the United States 1898 (1933).

(٣) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٩ ق دستورية جلسة ١٩٩٨/٧/٧ - قاعدة رقم ٧٩ - ص ١١٢٧ من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة.

ثانياً: لئن كان الاجتهاد حقاً لولى الأمر بنظر فيما يعرض عليه من المسائل ليقرر الطول التي تلتزمها إخماداً للثرثرة وإنهاء للتنازع والتناحر، إلا أن ولى الأمر ملازم بالآ بشرع حكماً يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسراً، وإلا نقض قوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج" (١).

وإذ يفاضل المشرع بين حلول مختلفة في شأن الموضوع محل التنظيم ليختار أميبها لحكم العلائق القانونية التي تواجهها، فإن هذه الحلول جميعها يتعين أن توافق الدستور.

### خامساً

#### للتبؤد الجائرة على حقوق المواطنين وحرياتهم

ليس الدستور -على حد قول المحكمة الدستورية العليا- مجرد تنظيم إجرائى يحدد لكل سلطة نخوم ولايتها وقواعد الفصل بينها وبين غيرها من السلطات، وإنما يبلور الدستور أصلاً فيما وحقوقاً لها مضامين موضوعية ككل حمايتها وحرص على أن يرد عنها كل عدوان حتى لا تفقد قيمتها أو تتحدأ أهميتها. ولا تتفصل هذه القيم وتلك الحقوق عن الديمقراطية فى أشكالها الأكثر تطوراً، ولكنها تقارنها وتقيم أسسها وتكفل إفاذ مفاهيمها (٢).

ولا يجوز فى إطار هذه المفاهيم مصادرة الحقوق أو تهيميشها أو انتقاصها من أطرافها أو الهبوط بمستوياتها إلى حدود لا تقبلها الدول الديمقراطية (٣).

فذلك كله مما لا يجوز أن يصدر عن المشرع سواء فى قانون أو فى قرار بقانون (٤). ذلك أن المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا من بعدها، وإن أجازتا أن ينظم للقرار

(١) القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ ق "مستورية" -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- لقاعدة رقم ٤٦ من ٦٩٧-٧٩٨ من الجزء الثامن، والقضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق "مستورية" قاعدة رقم ١٢- جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- من ١٩٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. أنظر كذلك القضية رقم ١٤ لسنة ١٦ ق "مستورية" جلسة ١٥ يوليه ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٧- من ٧٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ ق "مستورية" -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٤- من ٩٢٣ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ١٣٢ لسنة ١٨ ق "مستورية" -جلسة ٣ يناير سنة ١٩٩٨- قاعدة رقم ٩٤- من ١٠٦٧ من الجزء الثامن.

(٤) تقرر المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر بجلستها المعقودة فى ١٩٩١/١٢/٧ لى القضية رقم ١٥ لسنة ٨ ق "مستورية" - قاعدة رقم ٩- صفحة ٣٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس، أن المراسيم بقوانين التي تصدر طبقاً للنص المادة ٤١ من دستور ١٩٢٣ لها بصريح نصها قوة القانون. ومن ثم تتناول هذه المراسيم بالتنظيم كل ما يتناوله القانون.

يقتسون كافة المسائل التي يجوز أن يتناولها القانون؛ وكان البعض قد انتقد اتجاه هاتين المحكمتين إلى مساواة القرار بقانون بالقانون في شأن المسائل التي ينظمها - وعلى الأخص في مجال حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية - إلا أن قوة القانون تتحقق في كل قرار بقانون يصدر عن رئيس الجمهورية طبقاً للمادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور، ما لم تسقط هذه القوة في الأحوال المنصوص عليها في هاتين المادتين. وقوة القانون هذه هي التي تكفل مساواة القرار بقانون بالقانون بمعنى الكلمة في مجال جواز تنظيمهما للحقوق عينها. وإن تعين القول بأن تنظيم الحقوق بقانون هو الأصل فيها، وأن تناولها بقرار بقانون هو ما ينبغي للتحوط فيه باعتبار أن كل قرار بقانون لا يتولف في إصداره للفرص الحقيقية التي للقانون في مجال إقراره من حوال جاد ينسجم بالحوية والتفوق، حول مضمون القانون والآثار التي يرتبها.

#### سابعاً

##### للتمييز بين قيود يفرضها الدستور

##### وبين قيود يفرضها المشرع على استعمال الحقوق

ويتعين دوماً في مجال القيود على مباشرة الحقوق، التمييز بين نوعين من القيود:

**أولهما:** قيود يفرضها الدستور على مباشرة بعض الحقوق، فلا يكون الدستور غير مصدر مباشر لها. وهذه لا يجوز لأحد أن يعارض الدستور فيها، وإنما يتمين قبولها بحالتها وتطبيقها على المخاطبين بها، أي كان قدر معقوليتها أو أثرها على الحقوق محلها<sup>(١)</sup>.

**ثانيهما:** قيود يكون للمشرع مصدرها المباشر. وتتعدد صور هذه القيود لتراقبها المحكمة الدستورية العليا جميعها فضلاً في اتفاقها أو مخالفتها للدستور. وشرط جوازها ألا تخل بالدائرة المنطقية التي يعمل فيها كل حق. فالحق في الدفاع لا يجوز أن يعاق بما يفقده محتواه أو يجرده من قيمته العملية. وكذلك الشأن في الحقوق جميعها، كالحق في العمل أو في

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق دستورية - جلسة ١٥ أبريل ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤١ - من ٦٥٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. (وبلاحظ أن من بين القيود التي يفرضها الدستور مباشرة تلك التي تتعلق بحق الانتخاب والترشيح ذلك أن المادة ٨٧ من الدستور، تستوجب أن يكون نصف عدد أعضاء مجلس الشعب - على الأقل - من العمال والفلاحين. كذلك تنص المادة ٢٦ من الدستور عن أن يكون لصغار الفلاحين وصغار الحرفيين، ٨٠% على الأقل من مقاعد مجالس إدارة الجمعية التعاونية الزراعية أو الجمعية التعاونية الصناعية).

ضمان حرمة خواص الحياة والحق في الملكية. ذلك أن الحقوق جميعها لا يجوز تنظيمها على نحو يخل بموازينها، أو بما يدمر أصلها. أو يحلها هباءً منثوراً.

#### سابعاً

#### ضابط عام في شأن دستورية القيود التي يفرضها المشرع

ولا شأن للرقابة على الدستورية بما إذا كان إقرار القانون في وقت دون آخر ملائماً أو غير ملائم، ولا بالمياسة التي ينتهجها المشرع في مجال تنظيمه لبعض الحقوق، ولو تواتر على تطبيقها، ما لم يبلور بها -رِصوغ على ضوئها- مفاهيم يناهضها الدستور<sup>(١)</sup>

ولا شأن لهذه الرقابة كذلك بالتعارض بين نصي قانونين يتحدثان أو يختلفان في مرتبتيهما، إذا لم تكن نصوص الدستور طرفاً في هذا التعارض. ذلك أن مخالفة لأتحة لقانون، أو مخالفة قانون لقانون، يصم المخالفة بعيب عدم المشروعية. وهو عيب لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا فيه.

ذلك أن ولايتها في المسائل الدستورية حذرة بطبيعتها، وتحملها على عدم الخوض في هذه المسائل كلما كان تجنيهاً ممكناً. فإذا وجد أساسان لإلغاء وإبطال نص قانوني، وكان أحدهما يستند إلى مخالفة نص قانوني لقانون قائم، وثانيهما إلى مخالفة هذا النص القانوني للدستور، فإن النعي على هذا النص بخروجه على القانون، يتقدم المخالفة للدستورية. ولا تتوافر للطاعن بالتالي مصلحة في اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا لتقرر مخالفة هذا النص للدستور.

#### ثامناً

#### دائرة للتأثير المتبادل بين الحقوق

لا تفصل الحقوق التي ينص الدستور عليها أو التي يكفلها المشرع عن بعضها البعض. ذلك أن الحقوق جميعها -وكأصل عام- تتواصل فيما بينها ليؤثر كل منها في الآخر. ومنها ما يعتبر مكملاً لغيره من الحقوق. فحرمة المنازل يقوئها أنها فرع من الحق من ضمان خواص الحياة. وإرادة الاختيار التي تستلهمها فيما تدخل فيه من العقود، يبسطها أنها فرع من الحرية

(١) القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ٨٨ - من ١٢١٢ - ١٢١٣ من الجزء الثامن.

للشخصية. والحصانة التي يفرضها الدستور على أعمال بذواتها، يتعين النظر إليها من خلال أثرها على حقوق الملكية التي تجردها هذه الحصانة من مشتملاتها<sup>(١)</sup>.

وحرية التنظيم النقابي بنشطتها أنها فرع من حرية الاجتماع. وحق الإنسان في تكوين أسرة مؤداة أن يختار من يدخل فيها، ليكون أبناؤه مشمولين برعايتها، وبالحقوق التي كفلها الدستور لها.

وهذه الصلة بين الحقوق بعضها البعض، يدخلها في منظومة متكاملة لا يجوز أن يغض المشرع بصره عن بعض أجزائها. وإنما تتساند هذه الحقوق إلى بعضها، وتتبادل التأثير فيما بينها بما يحيط بالصورة الإجمالية لها، وبالمفاهيم الكلية التي تشملها، وبالعريض من خطوطها الرئيسية. بل إن إيمان النظر في هذه الحقوق - على ضوء الصلة التي تربطها ببعضها - يدل على أنها تتوافق ولا تتنافر فيما بينها، وأن منها ما يعتبر ضماناً إضافياً لغيره، أو مبلوراً معناه بصورة أفضل، أو كافلاً تطويره.

كذلك فإن الصلة بين الحقوق وبعضها، لآزمها أن يدخلها المشرع في اعتباره فيما يقره أو يصدره من النصوص القانونية لتنظيمها. فإن لم يأخذها في حساباته، آل ذلك إلى تخطي النصوص القانونية في حركتها نحو تحقيق الأغراض التي تستهدفها، فلا تتناغم أجزاؤها، وإنما يفرط لتساقلها ويختل نسجها العام.

فحق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس التمثيلية، لا ينفصل عن حق الناخبين في الإدلاء بأصواتهم لاختيار من يتقون فيه من بينهم. وهما بذلك حقان مرتبطان يتبادلان التأثير فيما بينهما. ولا يجوز بالتالي أن تفرض على أيهما تلك القيود التي لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمان مصداقيتها، أو بما يكون كافلاً إنصافها وتدفق الحقائق الموضوعية المتعلقة بها.

فالنظم الانتخابية جميعها، تفرض تكافؤ فرص التمثيل فيها، وتوازن عرض المرشحين في الحصة الانتخابية لآرائهم في نطاقها، وإعلان كل منهم عن الأموال التي ينفقونها فيها ومصادرهما، بما يكفل ضبط العملية الانتخابية لضمان حيديتها، فلا يصادر المشرع آراء فيها

(١) للتضحية رقم ١٣ لسنة ١٠ ق "مستورية" - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٢ - ص ٩٠٦ وما بعدها

بالنظر إلى مضمونها، ليعوق اتصال الناخبين بها، وعلى الأخص من خلال تحديده مكان الحملة الانتخابية أو زمنها<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن حق النقابة في أن تحدد بنفسها وسائل تحقيقها لأغراضها، لا ينفصل عن انتهاجها الديمقراطية أسلوباً وحيداً ينبسط على نشاطها ويكفل بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المنضمين إليها، بغض النظر عن آرائهم ومعتقداتهم أو توجهاتهم.

فلا يجوز بوجه خاص إرهابها بقيد تعطيل مباشرتها لوظائفها، ولا أن يكون تمتعها بالشخصية الاعتبارية معلقاً على قبولها الحد من ممارستها، ولا تأسيسها موقوفاً على إذن من الجهة الإدارية، ولا أن تحل هذه الجهة نفسها محل للمنظمة النقابية فيما تراه أكفل لتأمين مصالح أعضائها والنضال من أجلها.

#### تلمعا

#### تعدد وسائل الإخلال بحقوق المواطنين وحريتهم، يبطئها جميعها

من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن النصوص القانونية هي المدخل لتحقيق الأغراض التي يتوخاها المشرع من تنظيمه للحقوق جميعها. وشرط ذلك أن تكون هذه النصوص مؤدية عقلاً لتحقيق الأغراض التي ربطها المشرع بها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بتلك الأغراض مفتعلاً قائماً على الترهف وإنما يكون اتصالها بها حقيقياً وملطفاً في آن واحد. ويفترض ذلك في المشرع إدراكه لمضمون كل حق، ولحقيقة الأغراض التي ينبغي أن يستهدفها أو التي حددها الدستور ورسمها.

فحرية التعبير هي الطريق لبناء نظم ديمقراطية تتحدد معها مراكز اتخاذ القرار، تتسم بتسامحها مع خصومها، وبمسئوليتها قبل مواطنيها، ويرفضها لكل قيد يخل بمصداقيتها، ويستجابتها بالإقناع لإرادة التغيير، وطرحها من خلال الحوار لبدائل يفاضلون بينها لاختيار أصلحها.

ومن ثم يتحدد مضمون حرية التعبير من منطلق أن الآراء على اختلافها لا يجوز إجهاضها، ولا مصاردة أئوتها، ولا فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يرونها منافية لقيم محدودة أهميتها أو يحيطون ذبوعها بمخاطر منتحلة

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ ق دستورية- جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٤٨- ص ١١٧١- ١١٧١

يدعوها، ويوجه خاص لا يجوز اقتلاع حرية التعبير بالنظر إلى مضمون الآراء التي نروجاها<sup>(١)</sup>.

ويناقض حرية التعبير بالتالي، أن ينظمها المشرع بما يجعل للناطقين بالكلمة، يتخوفون من مغبتها عليهم. وفي ذلك خروج على المضمون الحق لحرية التعبير التي تكفل تدفق الآراء وإنسيابها بغض النظر عن مصدرها أو محتواها، ودون ما اعتكاد بمن يتلقونها أو يطرحونها، وبمراعاة أن الحق في الحوار العام، يفترض تساويها في مجال عرضها وتسويقها.

كذلك فإن شفافية العناصر التي يدور الجدل حولها، مؤداة حظر حجبها أو تشويهها أو تزويرها<sup>(٢)</sup>.

### عاشراً

#### صور من القيود غير المبررة على مباشرة الحق أو الحرية

الأصل في حقوق المواطنين وحيرياتهم التي لم يمنعها المشرع، أنها تدخل في دائرة المباح. فإذا نظمها المشرع بقانون، تعين أن تكون القيود عليها في أضيق نطاق ومن طبيعة القيود التي يجوز القبول بها في الدول الديمقراطية مجتمعاتها.

وكما كان الغرض من هذه القيود إزهاق مخاطر يخلل بها النظام العام، تعين حصرها في نطاق الضرورة التي تقتضيها، وأن يكون أثرها فعالاً في تقويض أو تقليص هذه المخاطر كالاتي تناسبها معها Nécessaire, efficace et proportionnée à l'importance du désordre وهو ما يقتضي النظر في أمرين:

أولهما: عمق الدائرة التي تتناولها هذه المخاطر بأثارها.

ثانيهما: ما إذا توافر بديل عن هذه القيود، يكون أقل حدة منها، وأدنى لتحقيق أهدافها.

فإذا جاوزت تلك القيود بمداها حقيقة المخاطر التي تواجهها، أو لم يكن لها بها من شأن، تعين إبطالها.

وتكون القيود على حقوق المواطنين وحيرياتهم منافية لطبيعتها ولمتطلباتها في فروض كثيرة يندرج تحتها:

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ ق، دستورية من ١١٦٨ و ١١٧٠ من الحكم السابق.

(٢) من ١١٧٠ من الحكم السابق.

أولاً: أن تمارس الإدارة سلطاتها البوليسية لتعلق لفتاق المواطنين ببعض حقوقهم وحررياتهم التي كفلها الدستور أو القانون، على شرط إخطارها سلفاً بعزمهم على مباشرتها<sup>(١)</sup>، وهو ما لا يجوز. ذلك أن شرط الإخطار ليس من المفروض التي علق الدستور عليها هذه المباشرة. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا في مجال بيانها لحدود حرية التعبير، وذلك بقولها بأن هذه الحرية لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة عليها، أو من جهة العقوبة اللاحقة التي تنوخي قمعها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن تعلق الإدارة مباشرة بعض حقوق المواطنين على ترخيص سابقة *L'autorisation préalable* تصدرها وفق مطلق تقديرها لتملحها أو تمنعها بإرادتها بما يناقض حقوقيه أن مفروض هذه الحقوق أو متطلباتها لا شأن لها بمثل هذه التراخيص التي تعوق مباشرتها.

ولئن جاز القول بأن المصوّل على هذه التراخيص قد يكون ضرورياً كشرط لمباشرة بعض المهن، ولضمان حق المواطنين في صحتهم أو سكينتهم، إلا أن شروط هذه التراخيص التي لا نزاع في أهميتها وضرورتها في هذه الأحوال، حدها قواعد الدستور<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: أن تكون القيود التي فرضتها الإدارة على حقوق المواطنين أو حرياتهم التي تنظمها، تزيد وطأتها على تلك المقررة بالقوانين الصادرة في شأنها. ذلك أن القيود الأكند التي

(١) كان تجل عقد اجتماع معين، متوقفاً على إخطارها سلفاً بالاتجاه إلى عقده، حتى إذا حضره المجتمعون تعقبهم في أرائهم أو حدثهم في حريتهم، أو بشرت ضدهم بتدابير لمعية لحملهم على لفض الاجتماع. كذلك يناقض شرط الإخطار المسبق، المضمون الصحيح للحق أو الحرية، إذ لا يدخل هذا الإخطار في مكوناتها، ولا هو من متطلبات إلزامها. ويتعين بالتالي أن يحمل كشرط مضاعف يطل أوقيد الحق أو الحرية، ويؤثر بالضرورة على تحقيقها لأدلهما.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق دستورية - جلسة ١٥ أبريل ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٤٦ - ص ٦٤٥ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) يرفض المجلس الدستوري الفرنسي تطبيق مباشرة الصحافة المكتوبة لحرية تداول الآراء والأفكار على ترخيص مسبق *L'autorisation préalable* ولكنه يجيز ذلك بالنسبة إلى وسائل الإعلام المرئية كالتلفزيون. C. C. 86- 217 DC, 18 sep. 1986, R.p. 141. ولا كذلك منع الإعلان عن الطبايق أو السواد الكحولية بقصد ترويجها ذلك أن هذا المنع وإن كان يخل بفرض تسويقها ويضر بحقوق الملكية وحرية المشرع الخاص، إلا أن ذلك المنع يستهدف الحفاظ على صحة المواطن.

C. C. 90 - 283 DC, 8 Janv. 1991, R.p. 11.

تفرضها السلطة التنفيذية، تبلور انحرافها في استعمال سلطتها وترهق المخاطبين بها دون مقتضى.

رابعاً: أن تخذ الإدارة بالجمال المحجوز للقانون بنص الدستور من خلال لوائحها التي تصدرها ببلورتها المنفردة، والتي لا تتواءم لها الإجراءات المطولة والبطيئة *Lente et longue* التي تستغرقها عملية صياغة القانون. ذلك أن البرلمانيين يوجهون اهتمامهم إلى كل مادة يحتويها مشروع القانون للمعرض عليهم، وينظرون في مثالبها ومزاياها، وما هو قائم من توافق أو تعارض بين مواد مشروع القانون. والبرلمانيون يوجهون ذلك كله من خلال آراء يطرحونها علانية وقد تتناقض فيما بينها - *Une débat public et contadictoire* على ضوء فهمهم لإبعاده، ولحقيقة المصالح التي استهدفها، ليخرج القانون بعد إقراره وإصداره - في الصورة التي أرادوها. فلا يكون إلا تعبيراً غير مباشر عن إرادة هيئة الناخبين التي يفترض ألا تنسجم بالاندفاع أو الإهمال، وتكفل قواعد القانون المجردة، مساواة المخاطبين بها في مجال تطبيقها. كذلك فإن تعمق البرلمانيين مواد مشروع القانون قبل إقراره، يزيده ثراء، ليكون القانون والقضاء المحايدين كتلاء لحقوق المواطنين وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

والقانون في كثير من النظم من عمل برلمان مؤلف من مجلسين، فلا يكون ثانيهما - وهو الأعلى بحكم تشكيله - غير ضمان لمزيد من البحث، ولرؤية أعمق وأشمل<sup>(٢)</sup>.

خامساً: أن تصدر السلطة التنفيذية تشريعا وقائيا يخلوها إتخاذ تدابير ممانعة *L'interdiction* تصدرها في نطاق سلطاتها البوليسية، كحظرها لتظاهرة في الطريق العام تخذل في نظرها بالأمن. وخطورة هذا الإجراء أن مجرد الطعن قضائيا في أولمها الممانعة، لا يوقف تنفيذها، وإن للحصول على التعويض عن أضرارها، كثيراً ما يكون متراخياً<sup>(٣)</sup>.

#### حادى عشر

#### أهمية تنظيم القانون لحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية

يقيد القانون حقوق المواطنين وحرياتهم، ويؤثر بالتالى في كيفية مباشرتهم لها، وفي نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجالها سواء من خلال التدابير الفردية التي تتخذها في حالة بذاتها أو عن طريق لوائحها التي تنسجم بعموم تطبيقها.

(١) C. C. no. 84- 181, DC, 10-11 Oct. 1984.

(٢) Charles Debbasch- Jean Marie Pontier- Jean Claude Ricci- Jacques Bourdon, Droit constitutionnel et Institution politiques 3 e edition augmentée et corrigée, Economica, p. 545.

(٣) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, Droits de l'homme et libertés fondamentales, 5e édition, pp. 105-112.

كذلك فإن حقوق المواطنين وحرياتهم يتحدد نطاقها على ضوء عمق القيود التي يفرضها المشرع عليها، وما إذا كان البرلمان يأخذ شكل ولجنة للسلطة التنفيذية يجيبها إلى نزواتها، ويفوضها لدى الخطير من الشئون التي يتولاها، ويعهد إليها - فيما يقرء من القوانين - بتفصيل مبادئها الكلية والعريض من خطوطها الرئيسية، فلا تكون السلطة التنفيذية التي لتساق البرلمان إليها وأطاعها فيما تريد، وتخلي لها عن بعض مظاهر الولاية التشريعية، تابعة للبرلمان Un pouvoir subalterne تعمل في إطار النظم القانونية التي يقرها، ولكنها تصنعها بيد البرلمان تابعها وحليفها. وفي ذلك خروج على مفاهيم الديمقراطية<sup>(١)</sup>.

### ثاني عشر

#### لتنظيم الأولى لحقوق المواطنين وحرياتهم

قد يتعلق الأمر بحقوق للمواطنين تستمر من قبل الحقوق الطبيعية، فلا يكون تنظيمها بقانون إلا تقريراً لحقيقة قانونية هي أنها أولى من غيرها بالحماية. لأنها جزء من تكوين الإنسان خلق ليعيش في رحابها، فلا يفصل وجوده عنها.

وقد انتقد كثيرون مفاهيم الحقوق الطبيعية بالنظر إلى غموضها وتعميمها واستعصائها بالتالي على التحديد الحازم لضبطها؛ إلا أن تقرير هذه الحقوق - التي تدرج الحرية الشخصية تحتها وكذلك الحق في الحياة، والحق في التنقل وإرادة الاختيار للدخول في العقود الملائمة أو الضرورية - مرده إلى الفطرة وإلى البداهة العقلية. فالناس جميعهم - وعلى تباين ملكاتهم وخصائص تكوينهم النفسي والعقلي - كانوا يتمتعون أصلاً بها قبل انخراطهم في تنظيم اجتماعي ما قبلوا الدخول فيه إلا بقصد ضمان هذه الحقوق بصورة أفضل من خلال تبادل الانتفاع بها، وإتأمين المصالح التي التي تضمهم إلى بعض في مجال مباشرتها.

### ثالث عشر

#### نطاق الحماية الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم

لا تنحصر حقوق المواطنين وحرياتهم في تلك التي نص عليها الدستور أو التي كلها المشرع، ولكنها تشمل مجموع حقوقهم وحرياتهم المقررة دستورياً وتشريعياً، وكذلك كل ما يندرج ضمناً تحتها ويعتبر من مشمولاتها. بل إن التطور الراهن لحقوق المواطنين وحرياتهم

(١) Jean Rivero, "Pour un executive qui execute", la Croix, 16 mai 1973; Jacques Robert, "La dialogue démocratique", la Croix, 16 April 1975.

الأساسية يتأبى على حصرها في قائمة مغلقة، ويجعل هذه القائمة مفتوحة لكل جديد يكملها ويطورها.

والى هذه القائمة المفتوحة والمتجددة مفرداتها، تمد المحكمة الدستورية العليا بصرها لتحيط بها فسى كل تطبيقاتها. لا فارق في ذلك بين نصوص قانونية صاغها المشرع وفقاً لمعيار مبرن لضمان استيعابها لأوضاع تتغير ظروفها وملابساتها، وبين نصوص قانونية أفرغها المشرع في قوالب جامدة لتوحيد الحكم القانوني في شأن الصور المختلفة لتطبيقها<sup>(١)</sup>.

---

(١) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية، - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ١٢ ص ١٧٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. ويلاحظ أن من صور القواعد للجامدة التي يلجأ إليها المشرع لتنظيم الحقوق، حدود الثمن في بيع عقار القاصر وجزاء الدخول عن المبرون وفوائد التأخير. وتقوم معايير الإكراه والاستغلال المنصوص عليها في القانون المدني وكذلك ما يعتبر غلطا جوهريا أو تدليسا، أو باعثا دافعا إلى التعاقد، على ضوابط مرنة تختلف تطبيقاتها من حالة إلى أخرى.

### الفصل الثالث

#### السلطة التشريعية بين التكبير والتقييد

##### المبحث الأول

##### الاختصاص المطلق للبرلمان في تنظيم

##### المسائل جميعها عدا تلك التي احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية

٩٠٦- تتولى السلطة التشريعية إقرار كافة القوانين الملائمة والضرورية لتنظيم أوضاع مجتمعها، غير مقيدة في ذلك لا بطبيعة المسائل التي تتناولها هذه القوانين، ولا بنوع المصالح التي تؤثر في تشكيل أحكامها، ولا بحقيقة الأغراض التي تتوخى تحقيقها من وراء إقرارها.

وحسبها أن تترسم في ذلك كله حدود الدستور، لا استثناء من هذه القاعدة، إلا أن يكون الدستور قد عهد إلى السلطة التنفيذية بأن تنظم مسائل بذواتها تدخل أصلاً في الولاية التشريعية، ليكون اختصاصها بتنظيمها أصيلاً، وموزياً لاختصاص البرلمان فيما نقره هذه القوانين.

ذلك أن السلطة التنفيذية تبشر في هذا الفرض ولاية تشريعية بناء على نص في الدستور احتجز مسائل بذواتها لها وقصرها عليها لتشريع فيها مثلاً يشرع البرلمان في المسائل التي أفرده الدستور بها.

وهو ما نراه في فرنسا التي وزع دستورها لعام ١٩٥٨ الولاية التشريعية بين كل من البرلمان والسلطة التنفيذية. فاختص البرلمان بالمسائل التي حصرها في المادة ٣٤ من الدستور، وجعل ما عداها - على ما تقضي به المادة ٣٧ من هذا الدستور - من طبيعة لاحية لتفرد السلطة التنفيذية بها، فلا يزلحها البرلمان بها.

وهذا الاختصاص الموزع في نطاق الولاية التشريعية بين كل من البرلمان والسلطة التنفيذية، يؤكدته المادتان ٣٤، ٣٧ من ذلك الدستور، ونصهما الآتي:

##### مادة ٣٤

يقترح البرلمان على القانونين.

يحدد القانون القواعد المتعلقة بـ:

- الحقوق المدنية للمواطنين، وكذلك الضمانات الأساسية لمباشرة حرياتهم العامة؛
- وفرائض الدفاع الوطني التي يتحمل المواطنون بها في أشخاصهم وأموالهم.
- الجنسية والحالة وأهلية الأشخاص والنظم المالية للزوجين والميراث والهبات.

- تحديد الجانيات والجرح وكذلك عقوباتها، والإجراءات الجنائية، والعفو العام، وإحداث نظم قضائية جديدة والنظم التي تحكم القضاة.

وعاء الضريبة ومعدلها وشروط رد كلفة الفرض ليا كانت طبيعتها، ونظام إصدار العملة.

#### ويحدد القانون أيضا:

- قواعد النظام الانتخابي لمجلسي البرلمان والهيئات التشريعية المحلية.

- القواعد المتعلقة بالتأميم وب تحويل ملكية المشروع من القطاع العام إلى القطاع الخاص؛ وقواعد إنشاء أنواع من المؤسسات العلمية؛ وكذلك للقواعد المتعلقة بضمانات الموظفين المدنيين والعسكريين.

ويحدد القانون أيضا المبادئ الأساسية للتنظيم العام للدفاع الوطني؛ وللإدارة الحرة لوحدات الحكم المحلي واختصاصاتها ومواردها؛ وللتنظيم؛ وللنظام الملكية وللحقوق العينية؛ وكذلك لكل التزم -مدنيا كان أم تجارياً- وللحق في العمل؛ وللحق في التأمين الاجتماعي؛ وللحق النقابي؛ وللقوانين المالية التي تحدد موارد الدولة ونفقاتها وفق الشروط وتحت التحفظات التي يبينها قانون عضوي. كذلك يحدد القانون المبادئ المتعلقة ببرامج الدولة الاجتماعية والاقتصادية.

وتنص الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ على أن أحكام هذه المادة يجوز تحديثها وتكملتها بقوانين عضوية.

#### مادة ٣٧ ونصها الآتي:

فقرة أولى: تعتبر من طبيعة لائحية، كافة المسائل التي لا تدخل في النطاق المحجوز للقانون ونبين من نص المادة ٣٤ .

فقرة ثانية: النصوص القانونية ذات الشكل التشريعي التي تتدخل في المجال اللائحي، يجوز تعديلها بمراسيم بعد أخذ رأي مجلس الدولة. فإذا كان التدخل بهذه النصوص في المجال اللائحي والعا بعد دخول هذا المستوى في مرحلة التنفيذ، فلا يجوز تعديلها بمرسوم ما لم يقرر المجلس الدستوري أنها من طبيعة لائحية وفقاً لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة.

#### ويبين من نص المادة ٣٤:

أولاً: أن اقتراح البرلمان على القانون، مؤداة لأن السلطة التشريعية معقودة لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ اللذين يكونان البرلمان معاً. وليس لرئيس الجمهورية بالتالي دور في عملية الاقتراح على القانون.

ثانياً: أن المادتين ٣٤، ٣٧ من الدستور الفرنسي تنظمان عملية تقسيم الاختصاص فيما بين السلطة التشريعية التي تقتزع على القانون، والحكومة التي تباشر سلطاتها التنفيذية من خلال مراسيم تصدرها. وعلى ضوء عملية التقسيم هذه، لا يبشر البرلمان ولاية تشريعية في غير المسائل التي أفرد الدستور بها، ليدخل ماعداها في نطاق اختصاص السلطة التنفيذية بوصفها مسائل من طبيعة لاحية.

وهو ما يعني أن ينحصر اختصاص البرلمان في مسائل بذواتها، أحصاها الدستور Limitativement énumérées ليوثلاها البرلمان دون غيره وأن اختصاص السلطة التنفيذية بما عداها، مؤدا أن تنقسم ولايتها في مجال تقرير القواعد القانونية بالعموم compétence du droit la commun. وليس للبرلمان الفرنسي بالتالي أن يشرع كالبرلمان البريطاني في كل شيء إلا أن يحول الرجل إلى امرأة.

كذلك تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧ المشار إليها، على أن كل النصوص لقانونية ذات الطبيعة التشريعية الصادرة قبل الدستور، والتي صار الاختصاص بها داخلاً في ولاية السلطة التنفيذية صلاً بالفقرة الأولى من هذه المادة، يجوز تعديلها بمرسوم بعد أخذ رأي مجلس الدولة.

فإذا أقر البرلمان بعد العمل بهذا الدستور نصوصاً قانونية تدخل في المجال اللأحيى وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٧ المشار إليها، فلا يجوز تعديلها بمرسوم، إلا إذا قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن لهذه النصوص، طبيعة لاحية.

### المطلب الأول

#### نطاق اختصاص السلطة التنفيذية

٩٠٧- وسواء تعلق الأمر باختصاص السلطة التنفيذية في مجال إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين، أو اللوائح القائمة بذاتها والتي تستقل في وجودها عن قانون قائم تصدر تنفيذاً لأحكامه- كوائح الضبط، والوائح المتعلقة بتنظيم المرافق العامة، وسواء كان اختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع مما يدخل في نطاق وظائفها الطبيعية، أو يخرج عن المجال الطبيعي لولايتها فإن الرقابة القضائية تنبسط على كافة القواعد القانونية التي تصدرها، وذلك في الدول التي تفرض هذه الرقابة على النصوص القانونية جميعها، أيا كان موقعها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها.

ولئن كان الأصل هو جواز الطعن أمام محاكم مجلس الدولة في القرارات الفردية التي تصدرها الإدارة كلما شابها عوار يتصل بانحرافها في استعمال سلطتها، إلا أن النصوص اللاحقة جميعها يجوز إبطالها لمخالفتها الدستور بعد عرض هذه المخالفة على الجهة القضائية التي تتولى الرقابة على الدستورية، وتيقننا من صحتها.

وسواء نطق الأمر بالسطط في استعمال السلطة، أو بمخالفة القواعد القانونية للاتحادية للدستور، فإن الجزاء في الحالتين هو إلغاء القرارات الفردية التي جاوزت بها الإدارة حدود سلطتها، أو إبطال القواعد القانونية التي خرجت بها على حدود الدستور.

### المطلب الثاني

#### نطاق سلطة التقدير التي يملكها البرلمان

٩٠٨- غير أن الصعوبة الأكبر هي في نطاق سلطة التقدير التي يتمتع البرلمان بها فيما يقره من القوانين. ذلك أن التقدير ليس تشبهاً أو إملاء. وإنما التقدير نقض كل تحكم -ولو لم يختلط بالأمواء- بل كان قرين النزق والاندفاع.

ويفترض لجواز التقدير دستورياً أن يفاضل المشرع وفق أسس منطقية بين بدائل تتراوح جميعها على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وأن جميعها يدور في إطار المصلحة العامة ويتغيا تحقيقها. فلا تطرح هذه البدائل غير حلول منطقية وقانونية ينظر المشرع فيها لاختار أقلها تقييداً للحقوق التي ينظمها، وأعمقها اتصالاً بالأغراض التي تستهدفها، وبالمصالح التي تعطىها فاعليتها.

ومن ثم لا يكون منطوق التقدير انحرافاً أو التواء، وإنما هو إعمال حكم العقل في شأن حلول مختلفة تتنازع جميعها الموضوع محل التتظيم، ليعطيها المشرع حقاً من التقييم الموضوعي المجرد من مظاهر الاعمال والعمل. فلا تنفصل الحلول التي ينتقيها عن واقعها وكأنها تحلق في الفراغ.

٩٠٩- ولا يجوز أن يقال بأن خوض جهة الرقابة القضائية على الدستورية في نطاق السلطة التقديرية للمشرع على النحو المتقدم، هو إحلال لنفسها محل المشرع فيما يراه صواباً. ذلك أن جهة الرقابة هذه، لا تقدم للمشرع بديلاً تراه هي أكثر ملاءمة أو أجدر قبولاً. وإنما تحرم هذه الجهة على تحقيق أمرين:

أولهما: تحديد الأغراض النهائية التي توخاها المشرع من التنظيم التشريعي المطعون فيه. ثانيهما: النظر في الوسائل التي لاختطها المشرع لتحقيق هذه الأغراض.

وعلى ضوء هاتين الوجهتين، لا يعتبر عمل المشرع موافقاً للدستور، ما لم يتوافر علاقة مفهومة تربط النصوص القانونية التي أقرها أو أصدرها بأهدافها.

وشرط ذلك بطبيعة الحال ألا يكون الدستور قد قيد المشرع بفرائض حدها، إذ يتعين عندئذ إبطال النصوص القانونية التي تخالفها -لما كان قدر اتصالها بأهدافها- ذلك أن فرائض الدستور لازمها أن يعمل المشرع في إطار سلطة مفقودة، لا تقديرية.

٩١٠- وحدود السلطة التقديرية التي يعمل المشرع في نطاقها على النحو المتقدم، هي التي كفلتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها، وعلى امتداد سنين طويلة من عمرها، لتلغظها بعد ذلك في أواخر ٢٠٠٢. ذلك أن هذه المحكمة تقرر في حكمها في القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" للصادر عنها بجلستها المعقودة في ٢٠٠١/١٢/٩<sup>(١)</sup>. إن الدائرة التي يباشر المشرع في نطاقها سلطته التقديرية، هي الواقعة بين حدين، يتعلق أحدهما بما يعتبر واجباً، وثانيهما بما يكون نهياً.

ولعل ما تصدق إليه المحكمة من ذلك، هو أن الدستور قد يأمر المشرع بعمل معين أو ينهيه عن عمل، فلا تكون أوامر الدستور، ونواهي، إلا قيداً على سلطة المشرع في تنظيم الحقوق. فإذا التزم المشرع ما أمره الدستور به أو ما نهاه عنه، فإن سلطته التقديرية تكون مطلقة.

#### ٩١١- وقضاء المحكمة للدستورية العليا في ذلك محل نظر من ناحيتين:

أولاهما: إن السلطة المخاطبة بأوامر الدستور ونواهي، تتقيد بتنفيذها في كل الأحوال شأن أوامره التي كلفها بالخضوع لها، شأن نواهي التي عنبها ألا تقربها. ومن ثم يكون واجبها

(١) لم ينشر بعد هذا الحكم؛ ولص عبارات الحكم هي: <حُل الدائرة التي يجيز فيها الدستور المشرع أن يباشر سلطته التقديرية لمواجهة مقتضيات الواقع، هي الدائرة التي تقع بين حدى الوجوب والديه الدستوريين. ومن ثم يكون الاختلاف بين الأحكام التشريعية المتعاقبة التي تنظم موضوعاً واحداً، تعبيراً عن تغير الواقع عبر المراحل الزمنية المختلفة، ولا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة الذي يستقي أحد أهم مقوماته من وحدة المرحلة الزمنية التي يطبق خلالها النص التقني الخاضع لضوابط المبدأ. فإذا تباينت النصوص التشريعية في مجاليتها لموضوع واحد، وكان كل منها قد طبق في مرحلة زمنية مختلفة، فإن ذلك لا يعد بذاته إخلالاً بمبدأ المساواة، وإلا تحول هذا المبدأ من ضابط لتحقيق العدالة، إلى سد حلق دون التطور التشريعي>.

منصرفاً إليهما مماً. ذلك أن أوامر الدستور حمل لها علي أداء عمل معين، ولواحيه حمل لها علي اجتنابه، ليكون الأمر والنهي واجبين على السلطة التشريعية.

ثانيتهما: أن القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية صوراً متعددة.

\* فقد يحيل الدستور إلى القانون في تنظيم حق معين، كحق الهجرة الدائمة أو الموقوتة. وقد يجعل أداء الضريبة ولجبا وفقاً للقانون، أو يقرر تنظيم الحق في الاجتماع على الوجه المنصوص عليه في القانون. أو يجعل للتجنيد إجبارياً وفقاً للقانون، أو يحيل إلى القانون لتحديد الأحوال التي تقام فيها الدعوى الجنائية بغير أمر من الجهة القضائية.

ففي هذه الصور جميعها لا يجوز بغير قانون، تنظيم الموضوع الذي تتعلق به هذه النصوص، وإن ظل مضمون التنظيم وحقيقة الأغراض التي يتوخاها، خاضعا للرقابة على الشرعية الدستورية، ولا يدخل بالتالي في نطاق السلطة التقديرية للمشرع.

ذلك أن دائرة تنظيم المشرع للحقوق بوجه عام، هي الدائرة الأكثر اتصالاً بحقوقهم وحررياتهم العامة التي كفلها الدستور. وهي كذلك الدائرة التي يمسط عليها التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية. أكثر أشكال هذه الرقابة صرامة وبأما، خاصة بعد أن لم تعد دائرة حقوقهم وحررياتهم هذه، منحصرة في تلك التي نص عليها الدستور وفصلها، وإنما تحتها إلى حقوق جديدة لا نص عليها في الدستور.

ومن ذلك ما تقرر في التنظيم المقارن من اعتبار الحق في تسيير المرافق العامة، والحق في التسمية، والحق في التعاقد، والحق في إنهاء الحياة، والحق في الإجهاض، والحق في النفاذ إلى القضاء بدرجاته المختلفة، من قبيل الحقوق التي يتعين ضمانها، ولو لم يرد بها نص في الدستور. فلا تكون حقوقاً منحصرة في دائرة مغلقة لا تقبل الإضافة إليها أو التعديل فيها، بل هي دائرة مفتوحة تقبل مزيداً من الحقوق الجديدة التي لها قيمة دستورية.

فالعمال الذين يضررون عن العمل، يعتبر حقهم في ذلك ذا قيمة دستورية، ولو كان هذا الحق مسكوتاً عنه في الدستور. وينظر إلى النفاذ إلى القضاء باعتباره حقاً ذا قيمة دستورية إذا لم ينص الدستور على هذا الحق.

وتقبلور هذه المفاهيم الجديدة لحقوق المواطنين وحررياتهم نمطاً جديداً من الحماية الدستورية للحقوق لا ينطلق على صورها المنصوص عليها في الدستور، وإنما يتعداه إلى

حقوق جديدة تتداح دلائرتها يوما بعد يوم لتظهر في قائمة حقوق المواطنين وحرياتهم، حقوق مبتدأة كان مجرد تصورهما بعيدا عن الأذهان<sup>(١)</sup>.

\* وقد يعطى الدستور أوامر مباشرة للمشروع في موضوع حده، فلا يكلفه فقط بإصدار قانون لتنظيم هذا الموضوع، وإنما ينهاء عن عمل معين، كان يحظر مصادرة وسائل الاتصال، أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي يكون ممعيا ولمدة محددة ووفقا لأحكام القانون. [مادة ٤٥ من الدستور].

وقد يكفل الدستور حرية الصحافة ويحظر إنذارها أو وقفها أو إلغائها إداريا [مادة ٤٨ من الدستور].

وقد يحظر إيذاء كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تُقيد حريته على وجه آخر، سواء كان هذا الإيذاء بدنيا أو معنويا [مادة ٤٢ من الدستور].

وقد لا يجيز الدستور -وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة- القبض على الشخص أو تقييد حريته من خلال التفتيش أو الحبس أو غيرهما أو حرمانه من الحق في التنقل، إلا بأمر يتطلبه التحقيق وصيانة الأمن العام، على أن يصدر هذا الأمر من قاض أو من النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون [مادة ٤٢ من الدستور].

وقد لا يجيز كذلك إجراء تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر.

---

(١) لم يعتبر المجلس الدستوري الفرنسي عدم رجعية القرارات الإدارية، ولا حرية التجارة والصناعة، ولا المساواة في المعاملة على صعيد العلاقات الاقتصادية، ولا شرط المواجهة في الإجراءات الإدارية *Lo procedure contradictoire en matière administrative*، ولا حتى وجود طعن بإساءة استعمال السلطة، من المبادئ العامة للقانون ذات الصلة الدستورية. انظر في ذلك ص ٧٨٩ من الطبعة الثانية لمؤلف عنوانه دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة -تطبيقات وتحقيقات تحت إشراف كل من التقنيين Gerald Conac; François Luchaire وقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي حق النفاذ إلى القضاء من الحقوق ذات القيمة الدستورية C.C.23 mai 1979, p.27; 22 juillet 1988, p.46. ويلاحظ أن تصد درجات التقاضي كان من المسائل المختلف عليها بين مجلس الدولة الفرنسي والمجلس الدستوري الفرنسي، فبينما يعتبر مجلس الدولة من المبادئ العامة في القانون الواجب تطبيقها [C.E, 4 fev. 1944] فإن المجلس الدستوري الفرنسي لا يراه كذلك [C.C. 19 nov. 1975].

كذلك يعتبر مبدأ ذا قيمة دستورية أن يكون سكوت الإدارة عن اتخاذ قرار معين كان يجب عليها اتخاذه وفقا للقانون، بمثابة رفض لهذا القرار.

٩١٢- تلك نواه يفرضها الدستور على المشرع أو على جهة الإدارة. وبذلك إمعان النظر فيها على إنها جميعها تعمل في إطار منظومة متكامل حقائقها وتتضافر أجزاؤها. ولا يجوز بالتالى تفسيرها بعيدا عن الإطار العام الذى يشملها.

فحظر مصادرة وسائل الاتصال المختلفة أو الاطلاع عليها، فرع من حرية التعبير. ذلك أن وسائل الاتصال هذه لا بحميها الدستور لذاتها، وإنما بالنظر إلى رسالتها التعبيرية التى تحملها. ويتعين بالتالى أن تواجه الهيئة القضائية كل قانون يصادر رسالتها هذه، باعتباره قانونا مخالفا للدستور. شأن وسائل الاتصال البريدية والبرقية والهاتفية فى ذلك، شأن وسائل الإعلام التى تنصدرها الصحافة باعتبارها أكثر وسائل الإعلام قوة ومضاء بالنظر إلى اتساع الدائرة التى تعمل فيها، واتصالها بالتالى بأعداد غفيرة من المواطنين الذين يطلعون إلى الكلمة الصادقة، ولو كانت تحييرا مناونا للدولة.

وتنظر رسالتها التعبيرية واقعة فى إطار الحق العام المنصوص عليه من المادة ٤٧ من الدستور التى تكفل للناس جميعهم حرية التعبير عن آرائهم ونشرها بالقول أو بالكتابة أو بالصورة أو بغير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون، فلا يفقد القانون حريتهم هذه إلا لمصلحة قاهرة، كان تكون أولهم جزءا من مطبوع داعر تتقدم قيمته الاجتماعية، ولا يتمحض إلا فحشا وفجورا.

كذلك، فإن صون كرامة الإنسان، هى الخلفية التاريخية والإنسانية لعدم جواز إيذائه أو فرض عقوبة قاسية عليه أو إخضاعه لمعاملة تنافى آدميته بالنظر إلى شذوذها أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه.

ويتعين بالتالى أن ينظر فى مدة العقوبة أو للمعاملة التى لا يجوز فرضها على إنسان، إلى معاييرها فى الضمير لحر، وإلى أن ما لا يجوز من صورها، هو تلك العقوبة أو المعاملة التى تمنع فى قسوتها أو فى خروجها عن ضوابط الاعتدال، لتحط من كرامة الإنسان وفق مستوياتها المعاصرة.

فنحن إذن فى إطار نواه لا تعمل بوصفها قائمة بذواتها، وإنما فى إطار حقوق أعم، وعلى ضوء منظومة أشمل يعتبر الدستور فيما أتى به من نواه، واقعا فى إطارها.

وعلى الهيئة القضائية أن تعاملها لا من منطلق أن للمشرع بالنسبة إليها سلطة تقديرية كاملة، وإنما من منظور المنظومة الشاملة التى تسعها، وتعتبر من تخومها.

• وتبقى بعد هذا الصورة الثالثة من القيود التي يفرضها الدستور ضمنا على المشرع. ذلك أن الدستور لا يكفل للمواطنين حقوقهم وحرياتهم التي ينص عليها، لتعمل في الفراغ، أو بما يجردا من مفاعها أو يعطل استثمار مكناتها. وإنما ليعطيها قيمتها العملية من خلال ضمان المجال الطبيعي لحركتها، فلا تهيم على وجهها، ولا تتهدم لتخور قواها. ومن ثم جاز تنظيمها بما لا يعطلها أو يرققها، وعلى الأخص عن طريق تكفله في الدائرة الدلالية لهذا الحق، وهي التي يتنص من خلالها، وينبض معها بالحياة. ويؤنها بصير الحق هاما.

ومن ثم جاز تنظيم الحق أو الحرية فيما وراء الحدود الخارجية لهذه الدائرة، وبما لا يعطل الأغراض التي توخاها الدستور من تقريرهما.

٩١٣ - ولأزم ما تقدم، أن يباشر المشرع السلطة التقديرية التي يملكها في حدود قديين: أولهما: ألا يكون تنظيمه الحق مجافيا حقيقة محتواه، أو منصرفا إلى تحقيق أغراض لا صلة لها بالمنظور العام لرخاء المواطنين.

ثانيهما: أن تكون للنصوص القانونية التي يقرها، وسائل منطقية لتحقيق الأغراض التي حددها المشرع لها أو التي ربطها الدستور بها.

وتلك هي منطقة البدائل التي ترافقها الجهة القضائية، ذلك أن حقوق المواطنين وحرياتهم لا يجوز تنظيمها إلا بكل القيود عليها، ولمصلحة عليا يستظل بها هذا التنظيم.

٩١٤ - فهل يجوز أن يقال بعد ذلك بأن السلطة التقديرية للمشرع تقع فيما بين مدى الوجوب والنهي على ما قرره المحكمة الدستورية العليا في آخر أحكامها. أم أن التقدير في حقيقته، هو الحدود المتوازنة للعمل التشريعي، الناقية عن اندفاع التحكم، والموافقة لنصوص الدستور في دلالاتها الصريحة والضمنية، خاصة ما تعلق منها بطبيعة الحق محل التنظيم، والأغراض التي يستهدفها، والمنظومة الأشمل التي يعتبر واقعها في إطارها.

### الفصل الرابع

#### الحقوق التي ينشأها مباشرة نص قانوني

٩١٥- يحكم شرط الحماية القانونية المتكافئة، المراكز القانونية التي تتوحد في العناصر التي تقوم عليها، فلا تتلفر أجزاؤها، بل تتوافق بما يكفل توافيقها.

وهو يكفل عين الحماية لهذه المراكز، وما يتولد عنها من حقوق، سواء كان الدستور مصدرا مباشرا، أم كان نص القانون هو أداة إنشائها المباشرة.

فحق عمال القطاع العام في أرباح مشروعاتهم، يستند مباشرة إلى نص المادة ٢٦ من الدستور. فإذا أقر البرلمان قانونا كفل به حق عمال القطاع الخاص في الحصول على حصة من الأرباح لصافية لمشروعاتهم، صار النص القانوني مصدرا مباشرا لهذا الحق في حالة بذاتها هي التي حددها ذلك النص وبين نطاقها ورسم مداها ورتب عليها حكمها.

ولا يتصور بالتالي في أي التزام أنشاء المشرع مباشرة بنص قانوني خاص، أن يكون هذا الالتزام مبيها، أو غير مكتمل الأركان، أو مجردا من أثره، ولا أن يكون بيد الدائن أو المدين حق تعيين مداه. وذلك سواء كان الالتزام القانوني بإعطاء شيء أو بإداء عمل أو بالامتناع عن عمل. إذ يتولى النص القانوني الخاص -في هذه الصور جميعها- تحديد مضمون الالتزام القانوني، والدائرة التي يعمل فيها، والآثار التي ينتجها، ليحيط بها من بدايتها إلى نهايتها.

مثل حق عمال القطاع الخاص في الحصول على جزء من أرباح المشروع، مثل حق بعض الأقرباء في النفقة، وحق الدولة في الحصول على دين الضريبة من الممول، وكالزام الجار بالآلأ يهزم حائطا يستتر به جاره دون عذر قاهر.

ويتعين القول بالتالي بأنه كلما كان نص القانون مصدرا مباشرا لالتزام قانوني، فإن تعيين ماهية هذا الالتزام ونطاقه، يقتضى الرجوع إلى النص القانوني الذي أنشاءه.

٩١٦- وقد لُتير أمام المحكمة الدستورية العليا نزاع خطير يتعلق بحق عمال القطاع الخاص في الحصول على حصة من أرباح مشروعاتهم وفق القوانين المنظمة لها.

وفيما يلي عرض لأبعاد هذا النزاع:

### أولاً: النصوص القانونية المتعلقة به

أ. كان البلد (٥) من المادة ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، ينص على أن تجنب ١٠% من الأرباح الصافية للشركة لتوزيعها على موظفيها وعائلاتها عند توزيع الأرباح على المساهمين، وذلك وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من رئيس الجمهورية.

ب. ثم صدر القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بإصدار نظم استثمار المال العربي والأجنبي -المعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٧- وقضى في مادته الثانية عشرة، باستثناء الشركات المنتفعة بأحكام هذا القانون من حكم البلد (٥) من المادة ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه، على أن يتم توزيع نسبة من الأرباح الصافية لهذه الشركات سنوياً على الموظفين والعمال طبقاً للقواعد التي يقترحها مجلس إدارة الشركة، وتعتمدها الجمعية العمومية.

ج. وتلا ذلك صدور القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون الاستثمار، الذي قضى في الفقرة الأولى من مادته العشرين، باستثناء المشروعات التي تنشأ طبقاً لأحكام هذا القانون من حكم المادة ٤١ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة؛ وفي فقرتها الثالثة بأن يتم توزيع نسبة من الأرباح الصافية لهذه الشركات سنوياً على العاملين بها طبقاً للقواعد التي يقترحها مجلس إدارة الشركة، وتعتمدها الجمعية العامة بما لا يقل عن ١٠% من تلك الأرباح.

د. ثم صدر القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قانون الاستثمار بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، وذلك بأن استعاض عن نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من قانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، بنص جديد يقضى بأن يكون للعاملين نصيب في أرباح شركات الأموال التي تحددها الجمعية العامة لكل شركة بناء على اقتراح مجلس الإدارة، وذلك بما لا يقل عن ١٠% من هذه الأرباح، ولا يزيد على الأجور السنوية للعاملين بالشركة.

هـ. وأخيراً صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار، ملغياً -وبنص مادته الرابعة- قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، عدا الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من هذا القانون.

### ثانياً: دلالة النصوص المتقدمة

١. يبين من مقارنة القوانين أرقام ٤٣ لسنة ١٩٧٤، ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، ٢ لسنة ١٩٩٢ والقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ببعضها، أن القانون الأول -وهو القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤- بإصدار نظام استثمار المال العربي والأجنبي- هو القانون الوحيد الذي لم يضع حداً أدنى للأرباح التي يجوز توزيعها على عمال الشركة وموظفيها، وإنما فرض مجلس إدارتها في أن يقترح مقدار الأرباح التي تؤدىها الشركة لعمالها وموظفيها، على أن تتقرر الجمعية العامة للشركة في هذا الاقتراح، فإن اعتمدته، صار نافذاً في حق العاملين بها جميعهم.

٢. ولا كذلك القانونان رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ و ٢ لسنة ١٩٩٢، اللذان فرضا حداً أدنى للأرباح التي يجوز توزيعها على عمال الشركة وموظفيها مقداره ١٠% من أرباحها الصافية، على أن يتم توزيعها سوياً لا يقل عن هذا الحد الأدنى- طبقاً للقواعد التي يقترحها مجلس إدارة الشركة وتعتمدها الجمعية العامة.

٣. وهذا النهج هو ما اعتناه كذلك القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في شأن ضمانات وحولف الاستثمار، إذ أحال إلى القانون السابق عليه في شأن تحديد حد أدنى للأرباح لا يقل عن ١٠% من صافيها.

٤. وقد ظل نص المادة ١٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ معمولاً به، إلى أن قرر المشرع إلغاءها وإدخالها بحكم يناقضها في كافة القوانين اللاحقة للمنظمة لاستثمار رأس المال العربي والأجنبي، وهى القوانين أرقام ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ و ٢ لسنة ١٩٩٢ و ٨ لسنة ١٩٩٧ المشار إليها، والتي كفل المشرع من خلالها حق العمال في حصة من أرباح المشروع لا تقل عن ١٠% من صافيها، وهى الحصة التي تتصل القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ كلية من ضماناتها للعمال من خلال نص المادة ١٢ من هذا القانون التي تفوض مجلس إدارة الشركة في اقتراح مقدار الأرباح التي توزع على عمالها وتخول الجمعية العامة للشركة حق اعتماد قرار مجلس إدارتها في ذلك.

### ثالثاً: مخالفة نص المادة ١٢ من القانون

رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ للمستور

ولا شبهة في مخالفة نص المادة ١٢، المشار إليها للمستور. وذلك من الأوجه الآتية:

أولاً: إن نص هذه المادة أنشأ للعمال حقاً في أرباح المشروع الخاص، وهو بذلك مصدر مباشر لهذا الحق. وإذا كان مقدار الأرباح التي يجوز توزيعها عليهم، يتمثل في مبلغ من النقود توكديه للشركة إلى العاملين فيها بوصفه ديناً في ذمتها، فقد صلب الشيء الذي تلتزم به - وهو محل الالتزام - واقعاً في إطار علاقة مديونية تربطها بدائنها. وهم العاملون لديها.

ولا يجوز بالتالي في أية رابطة مديونية يكون نص القانون مصدرها المباشر، أن يتولى تعيين كافة أركانها سيما في ذلك محلها - غير نص القانون. فإذا علق المشرع تحديد محل الالتزام على محض إرادة المدين، حلت إرادة المدين محل إرادة المشرع الذي يختص دون غيره ببيان أركان الالتزام القانوني. ذلك أن فرض الالتزام وتحويل المدين حق تحديد مقداره، أمران متناقضان.

يؤيد ذلك أولاً: أن تحديد حق العمال في الأرباح لا يتأتى إلا بإرادتهم ولا بإرادة المدين بها، إذ لو كان تحديد نصيبهم من الأرباح عائدا إليهم لبالغوا فيه. ولو كان هذا التحديد مطلقاً على إرادة المدين لحط من مقدار الأرباح التي يوزعها على العمال الدائنين بها. وتعين بالتالي أن يكون نص القانون هو المصدر المباشر لالتزام المدين بأن يعطي العاملين في المشروع جزءاً من الأرباح التي حققها - وعلى الأقل حداً أدنى من هذه الأرباح التي يحصل العمال على حصصهم منها بشرط أن يحدد المشرع مقدارها تأسيساً على أن المشرع هو الذي يتولى تحديد نطاق كل التزام يكون نص القانون هو مصدره المباشر.

ثانياً: أن محل الالتزام ، هو الشيء الذي يلتزم المدين بالتقيد به. ويلتزم المدين إما بنقل حق عيني أو بعمل، أو بالامتناع عن عمل.

فإذا كان محل الالتزام عملاً أو الامتناع عن عمل ، تعين أن يكون المحل فيه ممكناً لا مستحيلاً.

كذلك فإنه إذا التزم شخص أن يقوم بعمل معين، أو أن يمتنع عن عمل محدد، وجب أن يكون ما التزم به معيناً. فإذا كان محل الالتزام نقوداً، وجب أن تكون أيضاً معينة بنوعها ومقدارها.

وعلا بنص المادة ٣٤١ من القانون المدني، فإن الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره.

إذ كان ما نقدم، وكان نص المادة ١٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ يقتصر على مجرد تقرير حق عمال المشروع الخاص في الأرباح دون أن يحدد مقدار ما يخصهم منها،

ولو في حده الأدنى؛ فإن هذا النص، يكون قد أنشأ حقاً بخير مضمون، وصار مخالفاً للدستور بالتالى.

ذلك أن محل الالتزام المفروض في نمة المشروع للخاص بنص المادة ١٢ المشار إليها، جاء مجهولاً في مقداره، وعصياً على التحديد. فلا يكون ديناً متكامل الأركان. ذلك أن المشرع عهد إلى مجلس إدارة المشروع وجميعته العامة -وهما من الأجهزة الداخلية للمشروع- بتحديد مقدار الأرباح التى يلتزم بأن يؤديها إلى العاملين فيه، وفى ذلك تفويض من المشرع للمشروع فى أن يقدر بإرادته المفردة ما يخصهم من الأرباح التى يحققها، ليكون تحديد مقداره موقوفاً على محض إرادة المدين.

ثالثاً: لا يجوز للمشروع الخاص أن يبرر نص المادة ١٢ المشار إليها، بأن الأوضاع الاقتصادية وأزماتها الخائفة، تقتضيها. ذلك أن الفرض هو تحقيق المشروع لأرباح صافية. فإذا قرر المشرع نصيباً فيها للعمال، تعين أن تكون حصتهم منها محددة بنص القانون بصورة قاطعة. وكان من المفترض بالتالى أن يتدخل المشرع لتحديد ما يخص العمال من هذه الأرباح على وجه اليقين، وعلى الأكل فى حدها الأدنى. ذلك أن محل الالتزام هو الشيء الذى يؤديه المدين إلى الدائن. ولم يعين المشرع هذا الشيء حتى يرتبط به التزام المدين.

بيد أن المحكمة الدستورية العليا التى عرض عليها أمر الفصل فى دستورية نص المادة ١٢ المشار إليها<sup>(١)</sup>، لم تقرر مخالفتها للدستور تأسيساً منها على أن نص المادة ٢٦ من الدستور التى تقول العمال حقاً فى أرباح مشروعاتهم، ينحصر مجال تطبيقها فى العاملين فى القطاع العام. وفاتها أن الفصل فى دستورية نص قانوني، إنما يتم على ضوء أحكام الدستور جميعها، وإن فساد الحجة التى قام عليها وجه التعمى، لا يجوز أن يملعها من مراجعة نص المادة ١٢ المطعون عليها، على ضوء نصوص الدستور بنمائها، لتقرر تطابقها أو تعارضها معها.

وكان ينبغي عليها بالتالى أن تعطى لكافة الحقوق التى ينشأها نص القانون بطريق مباشر، دلالتها التى لا يستقيم معها تجريد هذه الحقوق من مضمونها. ذلك أن مضمون الحق هو جوهره، وليس للمشرع أن ينقض حقاً أحدثها، ولا أن يحلها ركاباً من خلال تخويل المدين تحديد درجة تقيده بها.

(١) انظر فى ذلك حكمها الصادر بجلستها المنعقدة فى ٢٠٠١/١٢/٢ فى القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية.

.ولئن كان المشرع بالخيار بين إحداث أو إعمال الحقوق التي لا نص عليها في الدستور، مثلما هو الأمر في حق عمل القطاع الخاص في الأرباح؛ إلا أنه متى كفلها، تعين أن يتولى هو تعيين كافة أحكامها، بما في ذلك نطاق الأثر التي نزعها.

ذلك أن المواطنين كما يستمدون حقوقهم من الدستور، فإنهم قد يتلقونها من المشرع<sup>(١)</sup> بفرائضها المنطقية التي لا يندرج تحتها تحويل المدينين بها حق تحديد نطاقها، وإلا كان ذلك إحداثاً من المشرع للالتزام يستقل المدين بتحديد مقداره بالمخالفة لمبدأ الخضوع للقانون المنصوص عليه في المادة ٦٥ من الدستور. ذلك أن هذا المبدأ موداه أن ثمة قواعد تعلق على الدولة لتقيدها وتضبط حركتها. ومن بين هذه القواعد، ضرورة تنظيم الحقوق بما لا يخل بجوهرها، ووجوب أن يحدد المشرع نطاق الحقوق التي ينشئها بنص مباشر، وإلا كان إحداثها لها تفقد به مغزاها. وهو ما يتحقق على الأخص كلما كان تحديد مقدارها بيد المدين بها.

ذلك أن الحق من جهة الدائن، هو التزام من جهة المدين. ولا للزام بغير حدود تبين الأركان التي يقوم عليها، ومن بينها ركن المحل الذي لا يقوم الالتزام القانوني إلا بتحديد.

(١) قررت المحكمة الدستورية العليا في أكثر من مرة أن مبدأ الحماية القانونية المتكافئة لا يضمن فقط الحقوق التي نص للدستور عليها، وإنما كذلك تلك التي كفلها المشرع.

انظر في ذلك حكماً في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٠ - ص ٢٠٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة حيث تقول حرافيا:

"اضمى مبدأ المساواة أمام القانون -في أساس بنوالة- وسيلة لتقرير المعاملة القانونية المتكافئة التي لا يقتصر مجال تطبيقها على الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلى تلك كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية وعلى ضوء ما يكون قد ارتأه كفاً للصالح العام".

### الفصل الخامس

#### الاستفتاء كطريق لضمان حقوق المواطنين وحرياتهم

٩١٧- تفترض الديمقراطية إسهام المواطنين في إدارة شؤونهم وإشرافهم عليها، وتوجيههم لها بما يكفل مصالحهم. فلا يكون مصدر السلطة إليها بما يناقض السيادة الشعبية في مضمونها وأغراضها، وهو ما كان قائما في مصر الفرعونية، ونبتته النظم الديمقراطية في تطورها الراهن، وعلى الأخص منذ الثورة الفرنسية التي تنص بعض دساتيرها<sup>(١)</sup> على أن السيادة معقودة للمواطنين وجميعهم يباشرونها فلا تكون وقفا على فريق من بينهم دون فريق.

والأصل ألا يباشروا المواطنون السيادة بأنفسهم - وإن كانوا يملكونها - وإنما يديرونهم من يمثلونهم في الهيئة النيابية ويحلون محلهم في مباشرة هذه السيادة. فلا يكون تولى أعضاء هذه الهيئة لشؤونها محدا حركتهم لدخل هذه الهيئة عن طريق أوامر يتلقونها من هيئة الناخبين بوصفهم وكلاء عنها مقيدين بتوجيهاتها Mandat Imperatif<sup>(٢)</sup>. إذ لا شأن لمفاهيم الوكالة في القانون الخاص بالنظم الديمقراطية المعاصرة التي تخول أعضاء السلطة التشريعية زمام المبادرة لتحقيق ما يرونه حقا، كإقلال لأمتهم مصالحها.

ومن ثم قام الفصل الثام بين الدائرة الانتخابية وبين نوابها الذين لا يمثلونها وحدها، وإنما تتداخل الدوائر الانتخابية مع بعضها لتظهر جميعها وكأنها دائرة إقليمية واحدة تتضام مصالحها، لا فرق في ذلك بين ناخبين منحهم أصواتهم، وآخرين حجبوا عنهم<sup>(٣)</sup>.

وهذه الديمقراطية التمثيلية التي تحل اليوم محل الديمقراطية المباشرة التي ارتبط وجودها من الناحية التاريخية ببعض المدن المحدودة في رقعتها وعدد سكانها، والتي تنقسم كذلك بكترة للمسايل التي تثير اهتمام مواطنيها بوجه عام. هي التي صار لها فضل تحقيق

(١) انظر في ذلك الدستور الفرنسي لعام ١٧٩٣ الذي تنص المادة ٢٥ منه على أن السيادة مركزة في الشعب وكذلك نص المادة الثانية من الدستور لسنة الثالثة التي تنص بأن المواطنين في مجموعهم هم مصدر السيادة الشعبية.

(٢) تنص المادة ٢٧ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ ببطلان كل وكالة إلزامية، وبأن حق انتخاب أعضاء البرلمان حق شخصي.

(٣) وهو ما يجر عنه بأن الفائز في الحملة الانتخابية لا ينتخبه الدائرة الانتخابية، ولكنه ينتخب منها.  
L'elu n'est pas élu par la circonscription, mais dans la circonscription.

التقدم فى مظاهر الحياة وجوانبها المختلفة وإن كان طغيان الأغلبية للفائز بالمقاعد البرلمانية على خصومها، يمثل أخطر عيوبها.

وصح القول بالتالى بأن الديمقراطية التمثيلية تقوم فى جوهرها، على حرية أعضاء السلطة التشريعية فى تحديد خياراتهم فى المسائل التى يناقشونها، ولتتجاه وسائلهم فى عرضها وإبداء رأيهم بشأنها، لا يخضعون فى ذلك لغير ضمائرهم، ولا تتحيهم هيئة الناخبين عن المهام التى يتولونها قبل انتهاء مدة عضويتهم، ولو أهدروا وقتها فيهم. وهو ما آل فى النهاية- ومن وجهة نظر ولعية- إلى حلول السيادة البرلمانية محل السيادة الوطنية، ولتنظر إلى من يباشرون السلطة وكأنهم أصحابها لا يتحولون عنها. حال أن النظم التمثيلية تفرض الفصل بين السيادة فى صورتها المجردة من جهة، وبين من يباشرونها عملاً من جهة ثانية.

فالنخب يباشرون السيادة نيابة عن الجماهير، لا يملكونها بدلاً منهم. ولا تتحول السيادة إليهم من خلال حق الاقتراع. وإنما تظل السيادة بيد الناخبين أصحابها الأصليين. فلا يفارقونها ولا يخرج زمامها من أيديهم، ولا يتخلون عنها فور انتهاء العملية الانتخابية.

فالناخبون يراقبون نوابهم، ويحاسبونهم عما فرطوا فيه<sup>(١)</sup>. فلا يمنحونهم تقبهم من جديد بعد انتهاء ولايتهم. وهو ما يفيد إمكان إيداعهم بأخرين من خلال حق الاقتراع، وهو مظهر السيادة الشعبية فى جوانبها الأكثر أهمية.

وأياً كان قدر الأهمية التى بلغت النظم التمثيلية فى كثير من الدول، إلا أن الاستفتاء - كتعبير عن السيادة الشعبية المباشرة - لا زال قائماً كحقيقة قانونية لا تقبل الجدل، وإن تعين القول بأمرين:

أولهما: أن الحقوق السياسية جميعها فى بلد ما، ترتبط قيمتها القلبية بالطريقة التى تباشر بها، وإمكان تأثيرها فى الأوضاع القائمة لتحديد وجهتها.

ثانيهما: أن الديمقراطية لا تتحدد وفق أشكال تتلقى حقيقتها. ذلك أن استيفاءها لشرائط وجودها، يعطىها الحياة التى نرجوها. ويتعين بالتالى أن يكون للديمقراطية من واقعها وتطبيقاتها ما يلتئم وخصائصها وحقيقة جوهرها، ولو لم توجد فى الدول التى نزلها محكمة

(١) الشفافية والمحاسبة Accountability من بين العناصر التى تقوم عليها الديمقراطية فى المفاهيم المعاصرة.

دستورية، مثلما هو الحال في المحكمة المتحدة. ولا يجوز بالتالى أن يكون الاستفتاء - وهو الطريق المباشر للسيادة الشعبية - مجرد دفاع تتستر السلطة وراءه لتخفى ديكتاتوريتها، وإنما تُحدد أهمية الاستفتاء كلما كان مدخلا حقيقيا لاستطلاع آراء هيئة الناخبين فى موضوع معين، فلا يكون زائفا، أو مشوبا بالغموض، أو مضطربة مقصده.

### المبحث الأول

#### صور الاستفتاء بوجه عام

يكون الاستفتاء إما تأسيسياً أو تشريعياً؛ إلزامياً أو اختيارياً؛ منتحباً إلى التصديق على مشروع قانون أقره البرلمان أو معدلاً وملغياً بعد صدوره لبعض أحكامه؛ مطلقاً بمعاهدة دولية للدخول فيها من خلال التصديق عليها أو الإنضمام لها؛ أو كلفاً للرجوع إلى الجماهير لتحكيمها في نزاع قائم بين سلطتين.

ويعتبر الاستفتاء تأسيسياً إذا نطق بموضوع من طبيعة دستورية. فإذا كان موضوع الاستفتاء قانوناً أو مشروع قانون، كان تشريعياً.

### للمطلب الأول

#### صور الاستفتاء وفق دستور مصر لعام ١٩٧١

٩١٨- ونفى مصر يتم الاستفتاء وفقاً للدستور في الأحوال التي حددها وطبقاً للشروط التي بينها. وفيما يلي عرض لها:

### أولاً

#### الاستفتاء كطريق لصون الوحدة الوطنية

تنص المادة ٧٤ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسساته عن أداء دورها وفقاً للدستور، أن يتخذ الإجراءات المريعة لمواجهة هذا الخطر، وأن يوجه بيانا إلى الشعب. ويجرى الاستفتاء على ما اتخذته من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها.

### ثانياً

#### استفتاء المواطنين في شأن ترشيح السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية

عملاً بالمادة ٧٤ من الدستور يرشح مجلس الشعب رئيس الجمهورية، ويعرض الترشيح على المواطنين لاستفتائهم فيه. ويتم الترشيح في مجلس الشعب لمنصب رئيس الجمهورية بناء على اقتراح ثلث أعضائه على الأقل. ويعرض المرشح الحاصل على أغلبية ثلثي أعضاء المجلس على المواطنين لاستفتائهم فيه.

ويعتبر المرشح رئيساً للجمهورية بحصوله على الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم في الاستفتاء. فإن لم يحصل المرشح على هذه الأغلبية، رشح المجلس غيره. وتتبع في شأن ترشيحه وانتخابه الإجراءات ذاتها.

### ثالثاً

#### الاستفتاء لفرض نزاع بين السلطين التشريعية والتنفيذية

تنص المادة ١٢٧ من الدستور على أن لمجلس الشعب أن يقرر بناء على طلب عشر أعضائه مسؤولية رئيس مجلس الوزراء. ويصدر للقرار بأغلبية أعضاء المجلس.

وفي حالة تقرير المسؤولية بعد المجلس تقريراً يرفعه إلى رئيس الجمهورية متضمناً عناصر الموضوع، وما انتهى إليه رأى المجلس في هذا الشأن وأسبابه.

ولرئيس الجمهورية أن يرد التقرير إلى المجلس خلال عشرة أيام. فإذا عاد المجلس إلى إقراره من جديد، جاز لرئيس الجمهورية أن يعرض موضوع النزاع بين المجلس والحكومة الاستفتاء الشعبي. ويجب أن يجرى الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإقرار الأخير للمجلس. وتنفى جلساته في هذه الحالة. فإذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، اعتبر المجلس منحلّاً، وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة.

### رابعاً

#### الاستفتاء كطريق لحل مجلس الشعب

تنص المادة ١٣٦ من الدستور على أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة، وبعد استفتاء الشعب. ويصدر رئيس الجمهورية قراراً بوقف جلسات المجلس وإجراء الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً.

فإذا أقرت الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم الحل، أصدر رئيس الجمهورية قراراً به. ويجب أن يشمل القرار على دعوة الناخبين لإجراء انتخابات جديدة لمجلس الشعب في ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء<sup>(١)</sup>.

(١) تختلف طريقة حل مجلس الشعب عن طريقة حل مجلس شورى. ذلك أن المادة ٤٠٢ من الدستور لا تجعل الاستفتاء شرطاً لازماً لحل مجلس شورى إذ يكفي لعله أن تتوفر ضرورة لهذا الحل.

خامساًاستفتاء المواطنين في المسائل الهامة

لرئيس الجمهورية استفتاء المواطنين- وعملاً بنص المادة ١٥٣ من الدستور- في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا.

سادساًالاستفتاء كحلقة إجرائية لتعديل الدستور

تنص المادة ١٨٩ من الدستور على أن لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور. ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل. فإذا كان الطلب صادراً من مجلس الشعب، وجب أن يكون موقفاً من ثلث أعضاء المجلس على الأقل. وفي جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل، ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه. فإذا رفض الطلب فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض. وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة، المواد المطلوب تعديلها. فإذا وافق على التعديل ثلثاً عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتاءه في شأنه. فإذا وافق على التعديل، اعتبر نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

المطلب الثانيالتمييز بين الاستفتاء على موضوع محدد وبين الاستفتاء على شخص معين

٩١٩- يميز البعض بين سؤال يتعلق بموضوع معين يعرض على هيئة الناخبين لإبداء رأيهم في هذا الموضوع قبولاً أو رفضاً Réferendum. وبين استفتاء يدور حول شخص معين ليبقى في موقعه في السلطة أو ليخرج منها Plépisците. والتمييز بين هاتين الصورتين من صور الاستفتاء لا يتعمق حقائق الأمور. ذلك أن الاستفتاء في كل من هاتين الصورتين يدور حول مسائل سياسية يعرض أمرها على هيئة الناخبين لأخذ رأيها فيها. فالسؤال المطروح على هيئة الناخبين للحصول على رأيها في موضوع معين، يقتضيها أن تعلن رأيها في هذا الموضوع على ضوء قدر ثقتها في الجهة التي طرحته عليها. كذلك فإن كل استفتاء حول شخص معين ليبقى قائماً بالمهام التي يتولاها أو ليتخلى عنها، هو دعوة لهيئة الناخبين لإبداء رأيها في السياسة التي ينتهجها على ضوء قدر ثقتها في طريقة أدائه لواجبات الوظيفة التي يتولاها.

### المطلب الثالث

#### الجهة التي يجوز لها إجراء الاستفتاء

٩٢٠- ما لم يحتم الدستور إجراء الاستفتاء، فإنه يكون اختيارياً. والأصل أن يبين الدستور الجهة التي يعهد إليها بإجراء الاستفتاء وفق الشروط التي يحددها. فقد يعهد الدستور إلى رئيس الجمهورية أمر الدعوة إلى الاستفتاء، وقد يخوله لحد من المواطنين إذا طلبوه، وكان طلبهم إجراءه موقفاً عليه منهم<sup>(١)</sup>.

ونادراً ما تجرّبه السلطة التشريعية حتى لو خولها الدستور هذا الاختصاص على تقدير أن نتيجته قد تسقطها، أو على الأقل قد تظهر الضيق بها<sup>(٢)</sup>.

وتحرص بعض الدول على أن تتواءم حتى لا تتمزق الوحدة الوطنية بين شعوبها، ولتظهر وكأنها كتلة متجانسة<sup>(٣)</sup> لا تتفرق اتجاهاتها.

وتأخذ المملكة المتحدة موقفاً عدائياً من الاستفتاء بالنظر إلى إيمانها المطلق بالديموقراطية التمثيلية. ويراه آخرون تعبيراً هواجسياً أو ديماجوجياً عن السيادة الشعبية.

ولا تلجأ بعض الدول المختلفة في أعراقها ونحليها وثقافتها، للاستفتاء إلا في النادر من الأحوال حتى تبدو غير متنسمة على نفسها في الموضوع المعروض عليها.

وقد يتناول الاستفتاء مسائل خطيرة كالانضمام إلى الأمم المتحدة أو الدخول في أحد الأحلاف الأجنبية أو في شأن هام يتصل بالمصالح المباشرة للمواطنين كالرجوع إليهم لتحديد موقفهم من هجرة بعض الأجلاس إلى وطنهم.

وفي كثير من الأنظم المعمول بها، لا تعرض دساتيرها أو تعديلاتها على هيئة الناخبين لأخذ رأيها في إقرارها أو رفضها<sup>(٤)</sup>.

(١) في سويسرا يتعين أن يوقع مائة ألف مواطن على طلب إجراء استفتاء تأسيسي لإمكان البضى فيه، وفي إيطاليا يجب أن يكون الطلب موقفاً عليه من خمسمائة ألف مواطن.

(٢) ففى الدانمارك يجوز ثلث أعضاء برلمانها Folketing التقدم بطلب لإجراء استفتاء شعبي. وكثيراً ما ينتهي هذا الاستفتاء بتأييد الشعب للأكتية البرلمانية.

(٣) أنظر في ذلك دستور الاتحاد السوفيتى المعمول به عام ١٩٧٧ قبل تصدع هذا الاتحاد.

(٤) أنظر فى ذلك الدستور الكندى لعام ١٨٦٧. ومع ذلك فقد أجرى استفتاء فى كندا فى ٢٠ مايو ١٩٨٠ بمقتضى قانون صدر لهذا الغرض حول بقاء مقاطعة كويك فى الاتحاد الكندى أو انفصالها عنه. وبالرغم من أن نتيجة الاستفتاء كانت فى صالح بقاء هذه المقاطعة فى الاتحاد، إلا أن رئيس وزرائها لم يستقل على أساس أن هذه النتيجة لا تحجب بذاتها عنه ثقة مواطنيها فيه.

### المطلب الرابع

#### الأثار القانونية المترتبة على الاستفتاء

٩٢١- لكل استفتاء نص عليه الدستور، دائره يعمل فيها. وفي نطاق هذه الدوائر، يتحدد أثره. فالاستفتاء على تعديل تقترح السلطة التشريعية - بأغلبية ثلثي عدد أعضائها - إجراءه في الدستور، مؤداه أن يصير هذا التعديل نافذاً - لا من تاريخ موافقة هيئة الناخبين على التعديل - ولكن من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

وموافقة أغلبية المواطنين على حل السلطة التشريعية، مؤداه أن يصدر رئيس الجمهورية وجوباً فروعاً به.

وعرض التكابير التي اتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور على المواطنين لاستفتاءهم فيها خلال ستين يوماً من تاريخ اتخاذها، مؤداه تصديق المواطنين الذين قبلوها - بأغبيتهم المطلقة - على هذه التكابير، وإلا كان اعتراضهم عليها، رفضاً لها.

وعرض النزاع بين السلطين التشريعية والتنفيذية على المواطنين لاستفتاءهم في مسئولية الوزارة عن موضوع معين، مؤداه اعتبار السلطة التشريعية منحلة بحكم الدستور إذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة.

على أن الدستور قد لا يحدد الأثار القانونية المترتبة على استفتاء المواطنين في بعض المسائل فلا يكون أمام جهة الرقابة القضائية، إلا بيان نطاق هذه الأثار بما يحيط بها. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٥٢ من الدستور من تخويل رئيس الجمهورية، الحق في استفتاء المواطنين في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا. فإذا صدر قانون من السلطة التشريعية على ضوء نتيجة هذا الاستفتاء، فإن هذا القانون لا يعتبر معصوماً من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، ولا ملطوياً على تعديل أحكام الدستور لقلتم.

وإذا قيل بأن السيادة تختص بالمواطنين في مجموعهم باعتبارهم وعاء هذه السيادة ومصدرها على ما تنص عليه المادة ٣ من الدستور، إلا أن السيادة الشعبية التي يمارسها هؤلاء ويحومونها ويصونون من خلالها الوحدة الوطنية، حددا قواعد الدستور التي تنمو حتى على القوانين التي تقرها السلطة التشريعية إعمالاً منها لنتيجة الاستفتاء. ذلك أن جمود الدستور، مؤداه حظر تعديل قواعده بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه.

وليس لأى قانون نقره المصلحة التشريعية على ضوء نتيجة الاستفتاء، غير المرتبة ذاتها المقررة لغيره من القوانين. فلا هو فوق الدستور، ولا فى قوة أحكامه، ولا فى مرتبة وسطى بين الدستور والقانون. وإنما شأن للقوانين التى تقرها على ضوء نتيجة الاستفتاء، شأن غيرها من القوانين التى تقرها وفقاً لنص المادة ٨٦ من الدستور، ولها بالتالى درجتها لا تعلوها، وإنما تساويها.

على أن سكوت الدستور عن بيان الآثار القانونية للاستفتاء فى أحوال معينة، لا يعنى أن تحدد جهة الرقابة القضائية، هذه الآثار فى إطار سلطة تقديرية لا ضابط لها. وإنما يتعين أن تحدد هذه الجهة تلك الآثار، بالنظر إلى نطاق وخصائص الحقوق التى مسها الاستفتاء.

فإذا كان رئيس الجمهورية قد قصد إلى إضعافها من خلال استفتاء المواطنين عليها، فإن الضمانة التى كفلها الدستور لهذه الحقوق هى التى تسود. إذ لا ينصور أن يكون المواطنون قد قصدوا حقيقة إلى الانقاص من حقوقهم التى كفلها الدستور، ولا إلى تقليص ضماناتها.

فإن كان الاستفتاء قد قرر لهم حقوقاً تزيد عن تلك التى صانها الدستور، اعتبر الاستفتاء إرهاباً بضرورة تعديل أحكامه لا يجوز بغير الأوضاع المنصوص عليها فيه.

بما مؤداه أن حقوق المواطنين وحريتهم التى يدور الاستفتاء حولها؛ إما أن تعلو على مستوياتها المقررة بالدستور، وإما أن تكون أقل منها. ولا يحلها الاستفتاء فى الصورة الأولى إلى حقوق تسمى على الدستور، وإنما يتعين تعديل الدستور لاستيعابها.

ولا يعصمها الاستفتاء فى الصورة الثانية من الرقابة القضائية؛ وإنما يكون القانون الذى قننها مخالفاً للدستور لخروجه على أحكامه.

#### المطلب الخامس

##### شروط الاستفتاء

٩٢٢- ويتعين دائماً فى كل استفتاء، أن يصاغ السؤال المتعلق به على نحو يكون به مستقيماً Uprightness ومباشراً، فلا يكون ملتوياً مضللاً La Condition de Loyauté، ولا مشوباً بالغموض لينبهم على أوساط الناس La condition de clarté، سواء بالنظر إلى تعقيده أو لاتسواء الصيغة التى أفرغ فيها على قدر من الخداع Dishonesty؛ ولا جامعاً بين عناصر

مختلفة يستحيل التوفيق بينها، وكأنها صفقة متكاملة Package deal إما أن تؤخذ بتمامها -وكافة عيوبها- أو أن تترك في كل أجزائها<sup>(١)</sup>.

وتظهر هذه الصورة الأخيرة، كلما عرض رئيس الجمهورية على هيئة الناخبين مسائل مختلفة لا تتوافق لأجزائها، ولا تتلاقى في أهدافها، فلا تتحد في نسجها. وهو ما يبطل عملية الاستفتاء التي يشترط لصحتها ألا يكون الموضوع للمعرض على هيئة الناخبين جامعا بين الأشياء ونقائضها، لتتناثر أجزاؤه جميعها.

وحتى إذا حاول رئيس الجمهورية أن يقرب الأجزاء التي تنقسم بالتناقض إلى بعضها، فإن عرضها على هيئة الناخبين مع تباعدها عن بعضها البعض واضطراب معناها وغموض حقيقتها، يعد تكليسا عليها، وحملًا لها على قبول مسائل تختلط فيها العناصر التي ينقرون منها، بتلك التي يميلون إليها بالنظر إلى جاذبيتها. وفي ذلك إزعاج لا يُلْفَق.

ويتعين بالتالي أن يكون الاستفتاء منصبا على واقعة محددة بصورة قاطعة - مادية أو قانونية لها من وضوحها ما يجعل فهمها مستقيماً، ومن تلاحم أجزائها ما يؤكد ترابطها، فلا يتخبط أحد في فهم المقصود منها، وإلا بطل الاستفتاء وكذلك كل قانون صدر على ضوء نتيجته.

### المبحث الثاني

#### في مدى خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة

#### القضائية على الشرعية الدستورية

٩٢٣- جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا أن ما نص عليه الدستور من تخويل رئيس الجمهورية حق استفتاء الجماهير في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا، لا يخرج عن أن يكون ترخيصاً لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقرر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية، على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية.

ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء -الذي رخص به الدستور، وحدد طبيعته، والغرض منه- ذريعة إلى إهدار قواعده ومخالفاتها. كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت فسي الاستفتاء، لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التي لا يجوز تعديلها إلا وفق القواعد الإجرائية الخاصة المنصوص عليها في المادة ١٨٩ من الدستور.

وبالتالي لا تصحح هذه الموافقة ما قد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عوار مخالفة الدستور. وإما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعي أدنى مرتبة من الدستور، فتتقيد بأحكامه، وتخضع بالتالي للرقابة على الدستورية التي تتولاها هذه المحكمة<sup>(١)</sup>.

وعلى نقض وجهة نظر هذه المحكمة، لا يباشر المجلس الدستوري الفرنسي الرقابة القضائية التي يتولاها، إلا على القوانين التي لقرع البرلمان عليها، لتتصر عن القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء Les lois référendaires. على أنس القوانين في الصورة الأولى تعبير غير مباشر عن السيادة الشعبية، ولكنها تعبير مباشر عن هذه السيادة في الصورة الثانية<sup>(٢)</sup>.

Les lois que le constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité, sont uniquement les lois votées par le parlement et non celles qui, adoptées par le

(١) القضية رقم ٥٦ لسنة ١ قضائية "دستورية" جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ - قاعدة رقم ٥١ - من ٣٥٣ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) C.C. 92- 313 D.C. 23 Sep. 1992, R.p. 94.

هذا ويستمد المجلس الدستوري الفرنسي ولايته في شأن النظر في انتظام العملية الاستثنائية وإعلان نتائجها من نص المادة (٦٠) من الدستور الفرنسي التي تخوله هذا الاختصاص والتي جاء نصها كالآتي:

Le conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats.

peuple français à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

#### ٦- تقييم قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن القوانين الاستثنائية

(أ) يلاحظ أولاً أن اللجوء إلى الاستفتاء العام لإقرار قوانين بذاتها تنظم مسائل معينة، وإن كان أسلوباً نادر للوقوع في الحياة العملية؛ إلا أن حرمان الجهة القضائية من فرض رقابتها على القوانين الاستثنائية يعصمها من الرقابة المحيطة التي تباشرها هذه الجهة. وهي بعد رقابة تشدد الحاجة إليها وتتعاظم أهميتها بالنظر إلى أن هذه القوانين لا تتناول في الأعم من الأحوال مسائل قليلة الأهمية، ولكنها تواجه أكثرها خطراً واتصالاً بالمصالح القومية؛ كذلك التي تؤثر في نطاق حقوق المواطنين وحرياتهم.

(ب) وقد تتخذ الدولة من هذه القوانين موطئاً لتبرير نصوص قانونية تروى سوءاتها على منافعها، فلا يكون لجوؤها إلى الاستفتاء العام لإقرارها، وسيلة استثنائية تواجه بها أوضاعاً لها خطورها، بل نهجاً متواصلاً لهمد الشريعة الدستورية، وخرقاً لمطلبتها.

(ج) وقد تفوض هذه القوانين بأحكامها نصوص الدستور ذاتها، ولو في بعض أجزائها؛ كأن تعيد فرض عقوبة الإعدام التي حظرها الدستور؛ وكان تنقل إلى القطاع الخاص، ملكية بعض المرافق التي أدخلها الدستور في نطاق الملكية العامة بالنظر إلى حيويتها.

فلا يكون الاستفتاء العام غير بديل عن العمل البرلماني مع فارق هام، هو إخضاع القوانين التي يقرها البرلمان للرقابة القضائية في الوقت الذي تنحصر فيه القوانين الاستثنائية منها، لنتهاء السلطة التنفيذية فرص التدخل في العملية التشريعية بصورة أكبر وأشمول تخطي بها الحدود التي رسمها الدستور لولايتها، إخلالاً بالتوازن بينها وبين السلطة التشريعية.

(د) كذلك تمثل التفرقة التي أجراها للمجلس الدستوري الفرنسي بين القوانين الاستثنائية وغيرها من القوانين، تمييزاً بين التعبير المباشر عن السيادة، والتعبير غير المباشر عنها، وهي وجهة نظر يعجبها أنها تفرض علو القوانين الاستثنائية في مرتبتها على القوانين البرلمانية، بالمخالفة لنص المادة الثالثة من الدستور الفرنسي التي لا تقم ترجحاً هرمياً بين هاتين الصورتين من صور مباشرة السيادة الوطنية<sup>(١)</sup>.

(١) تلخص المادة ٣ من الدستور الفرنسي على أن السيادة الوطنية يملكها الشعب. وهو يباشرها من خلال نوابه وعن طريق الاستفتاء.

(هـ) وإذا قيل أن من غير المفترض أن تدخل هيئة الناخبين بفرائض السيادة التشريعية التي تبأثرها من خلال الاستفتاء، وأن هذا الافتراض غير قائم في القوانين البرلمانية التي كثيراً ما تخرج على حدود الدستور مما يقتضى فرض الرقابة القضائية عليها؛ إلا أن ثمة حقيقة لا يجوز إغفالها حاصلها أن القوانين الاستثنائية ذاتها قد تجاوزت حدود الدستور. فلا يكون تصويبها من خلال فرض الرقابة القضائية عليها، عملاً مخالفاً للدستور، بل والقما في إطار أحكامها التي لا يجوز تعديلها بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه. وتظهر خطورة الاستفتاء على الأخص على ضوء ما نشهده من أن الجماهير قلما تبصر بنفسها الآثار الخطيرة التي تترتبها القوانين الاستثنائية، ولا تحيط بأبعادها وآثارها في محيط العلاقات القانونية التي تنسم بدقتها.

(و) والذين لا يدركون مخاطر القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء، يتصورون أن اللجوء إليها لا يكون إلا في الأكل من الأحوال، ويتناسون أنها اليوم تكاد أن تكون طريقاً مألوفاً لتخطى السلطة التشريعية، ولأنها تتناول كل موضوع، وأن رئيس الجمهورية كثيراً ما يستنزع بالاستفتاء لتجاوز الرقابة القضائية التي تنجر منها القوانين التي تنطرح فيه، وعلى الأخص تلك التي يخشى رئيس الجمهورية من اعتراض البرلمان عليها. ومن ثم يكون الاستفتاء معديلاً في أثره لحرية التشريع La liberté de légiférer التي لا يتمتع البرلمان بها بالنظر إلى تقيدته بنصوص ومبادئ الدستور وهو كذلك تحييد لجهة الرقابة القضائية من جهة منعها من تقييم القوانين الاستثنائية والنظر في اتفاقها أو مخالفتها للدستور.

(ز) والتميز في مجال الرقابة القضائية على الدستورية بين السيادة الوطنية المباشرة وغير المباشرة، قولاً بأن روح الدستور تصوغ هذا التمييز، مردود بأن تعبير روح الدستور بمشوبه الغموض، ويثير جدلاً عميقاً في الأوساط للفقهية والقضائية حول حقيقة محتواه. وهو كذلك منزلق خطر، وكثيراً ما يفضى إلى اجتهاد خاطئ.

(ح) والقول بأن القوانين التي تقرع عليها السلطة التشريعية، هي تعبير غير مباشر عن السيادة الوطنية التي لا يجوز أن يحرفها البرلمان، وأن هذا الاعتبار لا يقوم بالنسبة إلى القوانين الاستثنائية التي تقرها للجماهير كتعبير عن إرادتها بطريق مباشر وبغير وساطة من أحد- مردود بأن الإرادة الوطنية متقيدة في هاتين الصورتين بالدستور ما بقي قائماً لم يعدل.

ولئن جاز لهيئة الناخبين أن تبدل الدستور للقائم بغيره إلا أن شرط ذلك- في غير حالة الثورة على الأوضاع القائمة جميعها- أن يتقيد تعديلها للدستور، بالإجراءات التي رسمها.

ط) ليس ثمة مبرر للقول بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية، تقحم الهيئة القضائية في حلبة السياسة بدروبها المعقدة، ومزلقها الخطرة، وغايتها المشاكسة. ذلك القوانين البرلمانية ذاتها. لا ينظر إليها -في مجال الفصل في دستورتها- كمجرد تطبيق لفضلي لنصوص الدستور. ولكنها رقابة تختلط فيها هذه النصوص بالسياسة في ألوانها ونياراتها المختلفة.

يؤيد ذلك أن الشرعية للدستورية لا تحدد ضوابطها من منظور دون آخر، وإنما تحكمها عوامل قانونية وسياسية واقتصادية واجتماعية، تتدخل فيما بينها، وتدخلها جهة الرقابة القضائية في اعتبارها سواء من خلال مفهوم مشترك يضمنها إلى بعض، أو عن طريق ترجيح بعضها على بعض. فلا تكون الرقابة القضائية على الدستورية تعبيراً في الفراغ عن مفاهيم ينتحلها القضاة وكأنهم يعيشون في أبراجهم العنابية.

ي) أن الرقابة القضائية على الشرعية للدستورية، تعليمية وتصويبية في آن واحد، فإذا أخل بالمستور قانون ووفق عليه في استفتاء عام، فلم ينج منها<sup>(١)</sup>.

تلك هي المآخذ على قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن عدم خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة على الشرعية للدستورية.

وتخفيفاً من غلوها، يقرر فريق من الفقهاء أن هذا المجلس لا زال يملك بعض الأسلحة في مواجهة هذه القوانين، تأسيساً على أن قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى الاستفتاء، وإن كان لا يجوز الطعن فيه، إلا أن المادة ٦٠ من الدستور الفرنسي تفول المجلس حق إيداء رايه في المرسوم المنظم للعملية الاستثنائية، وكذلك في نصوص القانون الاستثنائي بعد عرضها عليه من الحكومة، وقبل طرح موضوع الاستفتاء على الناخبين لاستفتاءهم فيه<sup>(٢)</sup>.

Le décret relatif à l'organisation des opérations de référendum et le texte de la loi référendaire.

(١) انظر في الانتقادات الموجهة إلى قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن القوانين الاستثنائية: Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 3 e édition, 173- 179.

(٢) يلاحظ أنه لا يوجد نص قانوني يمنع المجلس الدستوري صراحة من نشر آرائه هذه، إلا أن المجلس يترك للحكومة حرية نشر قراراته الاستشارية تلك أو عدم نشرها.

وأراؤه هذه وإن لم تكن فصلاً قضائياً في المسائل التي تتناولها، وإنما تتمحض عن آراء إستشارية خالصة<sup>(١)</sup>. Purement legislative [إلا أن بإمكان المجلس الدستوري الفرنسي، أن يرفض إيداء رأيه في الطريقة التي تدار بها العملية الاستفتاءية، وأن يرفض كذلك إعلان نتائجها لوجهض المبادرة التي اتخذتها الحكومة في شأن استفتاء المواطنين في موضوع معين، خاصة وأن من اختصاص المجلس مراجعتها في كافة التدابير التي تتخذها في شأن الاستفتاء لضمان انتظامها La régularité des operation de referendum. وهو بذلك ينيها - حال إصرارها على استفتاء ينافض الدستور - إلى أنه لن يراقبه، ولن يعطى نتيجة، ليضع الحكومة في موقف شديد الصعوبة قد يؤثر للمواطنين ويستطلبهم ضدها<sup>(٢)</sup>].

(١) C. C. dec. 1960, Regroupement national, R.p. 67.

(٢) ويلاحظ أن المجلس يستطيع أن يبدى رأيه في الطريقة التي صيغ بها السؤال المطروح في الاستفتاء، ولقد يهيد تربيته بمناسبة نظره في مشروع القانون المسمى عليه. انظر في ذلك تطبيق الأستاذ Lauchaire عضو المجلس الدستوري الفرنسي السابق على نص المادة (٦٠) من الدستور الفرنسي وذلك في ص ١١٠٧ - ١١٠٩ من مؤلف عنوانه:

"la constitution de la Republic française, "Analyses et commentaires sous la direction de franco, is Luchaire et Gerard Conac, Economica, 2 e édition, 1987.

الفصل السادسالإحراق في استعمال السلطة التشريعيةالمبحث الأولالمفهوم العام لسوء استعمال السلطة

٩٢٤- لا يتوخى المشرع بتنظيمه للحقوق على اختلافها -كالحق في الحياة، وفي الحرية الشخصية، وفي حرية التعبير- أن يكون هذا التنظيم دكترا في فراغ، وإنما الأغراض المحددة التي يستهدفها ويعمل على تحقيقها، هي التي تحدد مقصده من هذا التنظيم، ومضمون النصوص القانونية التي يحتويها، وحقيقة المسائل التي يتناولها. ومن ثم تكل هذه الأغراض على وجهة المشرع فيما ألفره من النصوص القانونية، فلا يكون حقيقة ثوبها بعيدا عن مقاصده منها.

ويفترض بالتالي في كل قاعدة قانونية، تغييبها لأغراض تستهدفها، ذلك أن هذه الأغراض هي دوافعها التي تحركها وتوجهها وجهة بذاتها يكون قصد المشرع منصرفا إليها، كحرمان الأشخاص الذين يحذرون من عرق معين -ويقصد وصمهم بما يحقرهم- من مباشرة حرفة بذاتها، أو من امتهان بعض الأعمال، أو من الانتفاع ببعض المرافق، أو من دخول بعض أماكن الاجتماع، ودور اللهو، وحقوق الحيوان، ومسائل النقل العام. ذلك أن المشرع ألفر هذا الحرمان من خلال قاعدة قانونية وجهها العرق، ليكون هذا العامل محركا للقاعدة القانونية، ومحددا لمضمونها ونطاق تطبيقها، خاصة إذا كان هذا العامل مجرد تعبير عن سياسية تشريعية منهجية تنقسم بالحزم في تنفيذها، والغلو في اقتضاها من المخاطبين بها.

٩٢٥- وكلما أضمر المشرع هدفا غير مشروع فيما ألفره من القواعد القانونية، تعين القول بمجاوزتها حدود استعمال السلطة، ولو كان المشرع يعمل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق. ذلك أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور<sup>(١)</sup>.

٩٢٦- ومن ثم تكون المصلحة العامة قيدا غائيا على السلطة التقديرية للمشرع. وهو قيد مؤده ألا ينحاز المشرع لغرض غير مشروع.

(١) لا توجد سلطة تقديرية مطلقة في مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين. ذلك أنه حتى ولو لم يقيد الدستور المشرع بضوابط معينة ألزمه بالاحضوع لها فيما يقره أو يصدره من النصوص القانونية، فإن على المشرع -في مجال تنظيمه للحقوق- أن يختار تلك القيود طيبا وأكثرها ملاءمة لتحقيق الأغراض التي يبتغيها.

ويتعين بالتالي ألا يتفيا القانون غير الأغراض التي يأذن الدستور بها أو التي لا يعارضها. فإذا حرم القانون حول غرض غير مشروع، وكان لهذا الغرض دور في توجيهه الوجهة التي صار عليها، ولو لم يكن هذا الدور جوهرياً، ولا عنصراً وحيداً في تشكيل أحكامه، تعين وصمها بإساءة استعمال السلطة بالنظر إلى الأغراض المخالفة للدستور التي خالطتها، والتي كان عليها ألا تقربها، ولا أن تدخلها في اعتبارها.

وتعتبر المحكمة الدستورية العليا عن ذلك بقولها بأن نصوص الدستور متألّفة فيما بينها، لا تتماهى أو تتأكل، بل تتجانس في معانيها وتتضافر في توجهاتها. ولا وجه بالتالي لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصالهما. ذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها، يفترض العمل بها في مجموعها. وشرط ذلك اتساقها وترابطها، والنظر إليها باعتبار أن لكل نص منها مضمونها ذاتياً لا ينزعول به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها، بل يقوم إلى جوارها مقيداً بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التي تجمعها<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه أن ثمة أغراض نهائية ومقاصد كلية تصل نصوص الدستور بعضها ببعض وتربط بينها، ويتعين أن تفسر هذه النصوص على ضوءها، وأن يتقيد المشرع بها. وعلى الجهة القضائية أن تبذل كل جهد من أجل كشفها حتى تقيس عليها القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، لتبطلها إذا بان لها أنها أقرتها لخرافاً منها عن الحدود التي فرضها الدستور على وظائفها.

(١) التضيعة رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٢/١٥ - ص ١٤٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

### المبحث الثاني

#### الأغراض التي يستهدفها المشرع من النصوص القانونية

٩٢٧- يمتنع التمييز بين سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وهو ما يعتبر عيباً قصدياً في تشريعاتها يتصل بالأغراض التي توختها من وراء تبنيها لها، وبين خطأها في تقدير واقعة أو سوء فهمها لأوضاع قام القانون عليها، أو قصد إلى تنظيمها.

ذلك أن خطأها في التقدير، وسواء كان بيناً أو محدوداً، هو خطأ في تقييم مداخل العملية التشريعية ذاتها. وهو بالتالي غير مقصود.

ولا كذلك إساءة استعمال السلطة، إذ هو الخروج قصداً عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتحريفاً لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تخالطها.

وهي أغراض يمتنع تجنبها بالنظر إلى أن صون الدستور وتقرير الحماية الكاملة لأحكامه، لا يتحقق بغير التقيد بالأغراض التي تربط قواعده ببعضها، وتضمنها إلى بعض في إطار وحدة عضوية تجمعها.

٩٢٨- ومن غير المتصور أن تكون السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، منفصلة ضوابطها، متحررة من كوابحها. ذلك أن حددها قواعد الدستور التي تقيد من إطلاقها وتعتبر تخوماً لها تحد من حركتها.

وهذه القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية في مجال التقدير، مردها من ناحية أن من المفترض في كل قانون أن يكون منطوياً على تقسيم من ناحية الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا التي يمنحها لفريق دون آخر. وشرط موافقة هذا القانون للدستور -ولو أثر في نطاق سلطة التقدير التي يملكها المشرع- ألا تتفصل النصوص القانونية المنطوية على هذا التقسيم، عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي تتوخاها، بالوسائل إليها، منطقياً وليس واهياً.

ومن ثم تكون هذه النصوص وسائل منطقية لتحقيق هذه الأغراض. فإذا انفصل اتصالها بها، وجب إبطالها.

ويفترض دوماً في الأغراض التي يتبناها المشرع، أن توافق مقاصد الدستور، وإلا سقط ما كان غير مشروع منها.

### المبحث الثالث

#### التمييز بين مقاصد تشريعية لا تتعارض للدستور ومقاصد تشريعية تخالفه

٩٢٩- ويتعين كذلك للتمييز بين نوعين من الأغراض التي يستهدفها المشرع، ويُلَوَّر على ضوءهما النصوص للقانونية التي أقرها.

أولاً: أغراض تشريعية لا تتعارض للدستور. وهذه لا يجوز للجهة القضائية أن تتدخل فيها، ولا أن تناقشها باعتبارها ولقعة في نطاق سلطة التقدير التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وهي سلطة لا يجوز معها للجهة القضائية أن ترن بمقاييسها الخاصة، السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين؛ ولا أن تخوض في ملاماتها؛ ولا أن تتحل للقواعد القانونية التي أقرها غير حققة أهدافها، ولا أن تحل خياراتها محل انقضاء السلطة التشريعية لوسائلها في تنظيم هذا الموضوع.

ذلك أن السلطة التشريعية يكتفيها -وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها- أن تبشر اختصاصاتها التشريعية مسئلة في ذلك كافة الأغراض التي يقتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التي حددتها، ووسائل مطلقة تصلها بها<sup>(١)</sup>.

ومرد ذلك أن التقدير في نطاق السلطة التشريعية، موداه مفاضلتها بين بدائل مختلفة وأغراض متعددة. وصحبها في اختيار هذه الوسائل أن تكون غير مخالفة للدستور؛ وفي الموازنة بين الأغراض المختلفة، أن تلتزم جميعها وأغراض يقرها الدستور. ولا يجوز للجهة القضائية بالتالي أن تخوض فيما هو مشروع من الوسائل أو الأغراض.

ولا كذلك مقاصد المشرع المخالفة لأغراض الدستور أو غاياته النهائية. إذ هي أغراض محظورة لا يجوز أن يستهدفها، وإلا كان القانون مشوباً بإساءة استعمال السلطة.

فضمنان حق المواطنين في المعاش لا شبهة فيه باعتبارها من صور التكافل الاجتماعي. والنصوص القانونية التي يقرها المشرع لتحقيق هذا التكافل، لا منافاة فيها للدستور بقدر ارتباطها عقلاً بإيفاء هذا الغرض. ولا كذلك النصوص القانونية التي يتدخل بها المشرع

(١) القضية رقم ٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ - لقاعدة رقم ٣/٣٦ - من ٥٢٩ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

لحماية الدولة من الناقدین لها، وكأنها فوق القانون<sup>(١)</sup>. ذلك أن حماية الدولة على هذا النحو، امتنان للقانون، وهو كذلك غرض غير مشروع لا يجوز أن يظنها ليضفي حصانة على أعمالها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن <<من غير المحتمل أن يكون انتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام، تبصيرا بنواحي التقصير فيه، مؤديا إلى الأضرار بأية مصلحة مشروعة، وأن من غير الجائز أن يكون القانون أداة تعوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة العامة أو مواطن الخلل في أداء واجباتها، وأن النظر في أعمال القائمين بالعمل العام، وتقويم اعوجاجهم يعتبر واجبا قوميا كلما نكل هؤلاء عن حقيقة واجباتهم إهمالا أو انحرافا.

ذلك أن ما يميز الوثيقة الدستورية، ويحدد ملامحها الرئيسية، هو أن الحكومة خاضعة لمواطنيها ولا يفرضها إلا الناخبون.

وترتبط مراقبة تصرفاتها، بالحقوق التي تركز في أساسها على المفهوم الديمقراطي لنظام الحكم. ويندرج تحتها محاسبة الحكومة ومسايلتها على أخطائها، وإلزامها مراعاة الحدود والخضوع للضوابط التي فرضها الدستور عليها. وعلى الأخص لأن انتقاد القائمين بالعمل العام مشمول بحماية الدستور، تغليباً لحقيقة أن الشؤون العامة وقواعد تنظيمها وطريقة إدارتها، ووسائل النهوض بها، أمر وثيق الصلة بالمصالح المباشرة للجماعة، ويؤثر بالضرورة في تقدمها، وقد ينعكس بأدائها مترجما بطموحاتها إلى الورا<sup>(٢)</sup>.

٩٣٠- وكما يتقيد التقدير في عمل السلطة التشريعية بنوع الأغراض التي يتوخاها، فإن هذا التقدير يتقيد كذلك بحقيقة أن المشرع حين يوازن ويفاضل بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها على تنظيم موضوع معين، فإنه يختار من بينها أنسبها لفحواه، وأحرأها

(١) انظر في ذلك المادة ٨٢/د من قانون العقوبات التي تفرض عقوبة جنائية ثقيلة على من يذمون في الخارج عن عدد أخبارا كاذبة تسم هبة الدولة واعتبارها.

(٢) القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٢/١٥ - ص ٧٤١ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة

بتحقيق الأغراض التى يتوحيها. ولعلها تقيد الحرية، وكلفها لأكثر المصالح نقلا فى مجال ضمانها<sup>(١)</sup>.

كل ذلك بافتراض مشروعية هذه البدائل جميعها، واتصالها بالحقوق محل التنظيم، وأنها أداة ضمان هذه الحقوق وطريق الوصول إليها. ولا يجوز بالتالى تنظيم الحقوق لغير مصلحة واضحة لها اعتبارها<sup>(٢)</sup>.

٩٣١- وما تقرر المحكمة الدستورية العليا من أن التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يخلوها أن تزن بنفسها -ويمعايرها- ما إذا كان القانون المعروض عليها لازما، وما إذا كان إقراره ملائما، وأن واجبها ينحصر فى أن ترد النصوص القانونية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لا أن تتناقض بواعثها أو تخوض فى دوافعها، ما تقرر فى ذلك، يفترض أن تكون لهذه النصوص بواعثها أو دوافعها غير المخالفة للدستور.

ذلك أن نصوص الدستور -فى غاياتها- تعتبر قيودا على السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق. بما مؤداه أن الدستور وإن خول المشرع أن يحدد للنصوص القانونية التى يقرها وجهتها النهائية، وأن يصوغ قوالها وفق الأغراض التى يستمضيها، إلا أن شرط ذلك أن تكون هذه الأغراض التشريعية موافقة لأغراض يكفل الدستور لها الحماية.

فإن كان يزدريها أو يناهضها، فإن خوض الجهة القضائية فى حقيقة هذه الأغراض يكون واجبا. وعليها أن تبطل النصوص القانونية التى استلهمتها جزاء مخالفتها لنصوص الدستور فى غاياتها، على تقدير أن عمل المشرع يعتبر انحرافا عن الحدود التى كان يتعين أن يلتزمها فى مباشرة سلطته التقديرية.

(١) القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٠/٧ ص ١١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٥ يوليو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٤/٤٧ ص ٧٢٣ وما بعدها من الجزء السابع. انظر كذلك القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق دستورية -جلسة ١١/١٦/١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٣/١٢، ١٤ ص ١٧٥ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة ٦/١٥ ص ٢١٢ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ٨ فصعيه دستورية -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٤/٢٠ ص ٣٦٠ من الجزء السابع.

٩٣٢- وقد تتظاهر السلطة التشريعية بتقيدها بنصوص الدستور في غاياتها، ولكنها تلتص عليها من خلال نوايا مستترة تبطنها، وتصوغ تشريعاتها على ضوءها.

ومن ثم تكون تشريعاتها هذه، محض تعبير عن تبنيتها أهدافا مخالفة للدستور. وإقرارها لها على هذا النحو، مؤداه أن انحرفاتها في استعمال سلطتها التشريعية، يعتبر عيبا غائيا يرتبط بالأغراض المخالفة للدستور التي خرج للقانون من رحمها.

٩٣٣- وإذا نصوغ السلطة التشريعية تشريعاتها بما بوجهها لتحقيق أغراض مخالفة للدستور، فإنها تفعل ذلك قصدا حتى تكفل تنفيذ الأغراض الحقيقية التي تسعى إليها.

وهو ما يؤكد أن انحرفاتها في استعمال السلطة يعتبر كذلك عيبا قسديا.

ذلك أنها تستر عمدا ظاهر القانون بأغراض مخالفة للدستور لبطنتها في نفسها، وكان لها أثر في توجيهه الوجهة التي صار إليها.

فالسلطة التشريعية قد تصدر بتصميم للدوائر الانتخابية قانونا يستند وفق هدفها المعلن لعوامل ديموغرافية أو جغرافية، ولا يتوخى في الحقيقة غير تبيد قوة أصوات خصومها وتشتيتها حتى لا تحقق لها في بعض الدوائر أو في أغلبها، أغلبية تكفل لها الفوز بها.

وقد تصدر السلطة التشريعية قانونا في شأن المعاهد التعليمية، ولا يكون هدفها من هذا القانون إلا للتأثير في العملية التعليمية على نحو يعطل حرية إجراء البحوث العلمية فيها.

وقد تنظم هذه السلطة الانتفاع ببعض المرافق لأغراض تنظيمية في الظاهر، كصون صحة المواطنين في مجموعهم، ولا يكون هدفها في حقيقة الأمر غير إقصاء أقلية بذاتها عن هذا الانتفاع<sup>(١)</sup>.

ففي هذه الفروض، يتخذ القانون في ظاهرة سمنا مخالفا لحقيقة النوايا التي لبطنتها السلطة التشريعية ووجهتها لإقراره، بما يجعل القانون بريئا في مظهره، ملوثا واقعا في

(١) قد يصدر قانون ينظم الانتفاع بحمامات السباحة في بعض المرافق. وقد يرير المشرع هذا القانون بأغراض اقتصادية كالقول بأن فتح هذه الحمامات للكافة - بما في ذلك السود - قد يمنع الأغلبية البيضاء من ولوجها، فلا يكون الانتفاع بها مجز اقتصاديا. وقد يرير المشرع هذا القانون بأغراض تتصل بالأمن العام كالقول بأن الجمع بين البيض والسود فيها يؤدي إلى تصادمهم ببعض ويثير بقليل فلتاقتل فلتتجنبا. بيد أن الخوض في حقيقة هذه الأغراض، قد يدل على أن هذا التنظيم التشريعي لا يتوخى غير حجب الأقلية السوداء عن الانتفاع بذلك المرفق لأغراض عنصرية، بما يؤكد عند الحراف السلطة التشريعية في استعمال السلطة.

مقاصده التي يتعين على الجهة القضائية أن تردّها على أعقابها، وأن يبطل كل قانون لفتّر بها، على تقدير مجاورة هذا القانون لحدود استعمال السلطة، سواء كان خروج المشرع على هذه الحدود ظاهراً أم مستتراً

وحتى لو اختلط غرض مشروع بغرض غير مشروع في إقرار هذا القانون، فإن امتزاج هذين الغرضين ببعض، يجعل من المتعذر على الجهة القضائية أن تحدد مبلغ الأكثر الذي كان لأيهما في تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجهتها -ولو في بعض جوانبها- أغراض مخالفة لنصوص الدستور في غاياتها

ولا يجوز القول بالتالي بأن الغرض غير المشروع، يتعين أن يكون مانعاً في القانون من كل جوانبه غير مستلهم سواء، ولا أن يكون لثّر هذا الغرض في تكوين نصوص القانون جوهرية أو رئيسية، وإنما تتحقق مجاوزة السلطة من خلال احتوائها لغرض غير مشروع، ولو كان جانبياً.

### المبحث الرابع

#### تحول بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة

٩٣٤- وإذا انتقلنا من التعميم إلى التفاصيل، وأردنا بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة التشريعية، نعين القول بأن كل قانون يفترض احتواءه على النصوص القانونية التي قصد المشرع بإقرارها، أن تعمل في مجال تطبيقها، ووفق شروط مبرراتها في حق المخطئين بها An operative rule، وأن يكون لهذه النصوص مقاصد تتوخى تحقيقها Objectives or motives، وأثاراً ترتبها Effects- consequences or impact.

ولئن جاز القول بأن الآثار التي ترتبها القاعدة القانونية، تتصل بمضمونها، وأن أثارها هذه تتمثل في تعديلها لمراكز قانونية قائمة أو إلغائها، ويتعين بالتالي فصل آثار القاعدة القانونية عن الأغراض التي قصد المشرع إلى تحقيقها من وراء إقرارها؛ إلا أن ما يحدد مضمون القاعدة القانونية، ويبلور الآثار التي ترتبها في محيط الملائق القانونية، يتمثل في أن المشرع لا يصوغ القاعدة القانونية إلا بقصد تحقيق غرض معين يكون مقصوداً منها ليتحدد على ضوءه مضمون هذه القاعدة وأثرها.

فالقاعدة القانونية التي تنص على أن الأرض الزراعية لا يجوز تجريفها، هدفها أن تظل رقعتها على حالها، فلا تقتصر بعمل غير مشروع يتوخى تبويرها. ومن ثم تحدد الأغراض التي يستهدفها المشرع من هذه القاعدة نطلق تطبيقها وأثارها.

والقاعدة القانونية التي تحظر هدم المباني التي لها قيمة تاريخية أو جمالية أو أثرية، غايتها صون هذه المباني بوصفها تراثاً قومياً لا يجوز للتفريط فيه، ليحدد هذا الغرض نطلق هذا الحظر، والآثار التي يربتها.

والقاعدة القانونية التي تقضي بأن كل مقطوعة يتعين أن يكون نصريها لعادتها من أعلى نقطة فيها، لا يتحدد مضمونها وأثرها إلا على ضوء الأغراض التي تتوخاها، والتي تتمثل في أن يكون ثلوث المقطورة للجو أكل وطأة.

٩٣٥- تلك صور مختلفة من الأغراض التشريعية التي لها دور في تكوين القواعد القانونية التي تتصل بها، وفي تحديد أثارها. وبقدر اتفاقها والأغراض التي يتوخاها الدستور، تتحدد دستوريته.

والذين يقولون بأن الأغراض التي يتوخاها المشرع تدخل في إطار مسائل التقدير التي لا يجوز الخوض فيها، يتكلمون أمرين:

أوليهما: أن الأغراض الذاتية للدستور قيد على سلطة التقدير. والتقييد غير التقدير.

ثانيهما: أن الأغراض المخالفة للدستور التي قد يستهدفها المشرع في قاعدة قانونية أخرى، تبطلها ولو خالفها غرض مشروع في بعض جوانبها. ذلك أن الجهة القضائية يستحيل عليها أن تحدد على وجه اليقين، مبلغ الأكثر الذي كان للغرض الباطل في تكوين القاعدة القانونية، وتحديد نطاق تطبيقها، والآثار القانونية التي ترتبها.

### المبحث الخامس

#### مخاطر النظر في سوء استعمال السلطة

٩٣٦- وما تواجهه الجهة القضائية من صعوبة في مجال التحقق من أغراض القانون، لا يجوز أن يشيها عن الخوض فيها. ذلك أن نقطة البداية في سوء استعمال السلطة، هي أن الأغراض المخالفة للدستور لا تجوز حمايتها، أي أن قدر الصعوبة التي قد تواجهها الجهة القضائية في مجال إثباتها، وليا كان نوع المخاطر التي قد تنزلق إليها في مواجهتها لهذه الأغراض وتحريرها لها.

وغالبا ما تتوصل الجهة القضائية إلى حقيقة هذه الأغراض بقدر مقبول من اليقين، كأن تدل عليها مضابط السلطة التشريعية نفسها، أو الأعمال التحضيرية للقانون، أو نيتها واقعة مجهولة تستخلصها الجهة القضائية من واقعة مطومة لا نزاع في صحتها، أو من بيان يدلي به أحد المسؤولين في شأن حقيقة الأغراض التي يتوخاها القانون.

وقد يقوم مضمون القاعدة القانونية دليلا قويا على بواعثها المخالفة للدستور، والتي يتعين التمييز بينها وبين القواعد القانونية التي تميل إليها أو التي نجمها ورفضها لعدم جانيبيتها.

وقد يقوم الدليل على أن المشرع ما كان ليقر النصوص القانونية المطعون عليها، لو لم يكن الغرض غير المشروع قد اتصل بها أو اكتنفها. كأن يقر المشرع قانونا بقصد تهديد الهجرة التي أطلق الدستور الحق فيها، إضرارا بحرق معين.

ذلك أن هذه القوانين تخالفها أغراض مخالفة للدستور كان يتعين تجنبها، وإقرار المشرع لها على هذا النحو، يناقض حقيقة أن كل قانون يتضمن في الأصل تقديرا منطقيا لتكلفه، واتصالا معقولا بالأغراض التي يتوخى تحقيقها، وانتقاء بدائل أقل وطأة من تلك التي اختارها في بناء القانون.

فإذا جاوز قانون الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور فيه، أو أدخل مضمون نص في الدستور، أو تمحض عن إساءة استعمال السلطة، تبين أن يكون بطلان القانون جزاء واحدا على هذه الصور المختلفة من عوار النصوص القانونية، وإن تقدم بعضها على بعض، كأولية النظر في الأوضاع الشكلية التي يتعين إلراغ القانون فيها، على مخالفة القانون لمضمون نص في الدستور، وكاستقصاء المخالفة الشكلية ثم الموضوعية لنصوص الدستور، قبل الخوض في غاياتها.

وعلى الجهة القضائية أن تتحقق من براءة النصوص القانونية المطعون عليها من كافة مثالبها. وليس لها على الأخص أن تختط لنفسها سياسة قضائية تردّها عن النظر في إساءة استعمال السلطة، ولو كان ذلك يجنبها الحرج في علاقتها بالسلطين التشريعية والتنفيذية.

ذلك أن لمتّان الوظيفة التشريعية والخروج على الحدود التي رسمها الدستور لها، يتحقّق بصورة أظهر وأخطر في مجال إساءتها استعمال السلطة التي تعدّ عيباً قسدياً يبصره المشرع، ويعمد على ضوئه إلى تشكيل النصوص القانونية التي يقرّها، ليوّجهها لتحقيق غرض غير مشروع. فلا يكون هذا الغرض مجرد خلفية لهذه النصوص، وإنما هو باعثها ومحركها.

٩٣٧- وما يقال من أن نظر الجهة القضائية في حقيقة الأغراض التي توخّتها النصوص القانونية، يقتضيها الخوض فيما كان بين أعضاء السلطة التشريعية من نواطٍ في إقرار قانون يناقض أغراض الدستور، وأن في ذلك تعمقاً لولايام التي يتعنّز لإثباتها؛ مردود بأن إساءة استعمال السلطة التشريعية لاختصاصها من الأمور التي قلما يتم إثباتها بالطريق المباشر؛ وأن إثباتها بطريق غير مباشر يتكلّى على الأخص من نقصى السياسية التي درج المشرع على انتهاجها في موضوع معين، ويندرج تحتها تعدد إرهاب المجرّمين بأعباء يخلّ بها التوازن المنطقي في العلائق الإجارية بينهم وبين المستأجرين<sup>(١)</sup>. ويردّ كذلك إلى القرائن القضائية التي تستخلص بها الجهة القضائية واقعة مجهولة من واقعة معروفة بما يجعل الواقعة المعلومة موطناً للواقعة المجهولة بالنظر إلى ما بين الواقعةين من صلة، كأن تستتبط من الأوضاع القائمة أو السابقة على إقرار النصوص القانونية، ما يدل على مجاوزة السلطة التشريعية حدود المصلحة العامة، وقصرها بالتالي إلى تحقيق أغراض يلفظها الدستور.

وما يراه البعض من أن الرقابة القضائية على الأغراض التي تتبناها السلطة التشريعية، يقحمها في العملية التشريعية ذاتها، ويدل على عدم احترامها لهذه السلطة وانتقاصها من مهبتها ويلقيها في بؤرة الصراع السياسي؛ مردود بأن الجهة القضائية لا تتسلّأ أعضاء السلطة التشريعية عما كان قائماً في أزمانهم وقت إقرار القانون. ذلك أن هؤلاء الأعضاء يمثلون هيئة

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥

- قاعدة رقم ١٣/٦٥ - في ٩٥٦ من الجزء الثامن بأن النص المطعون فيه -بالصفة التي أفرغ فيها- ليس إلا حلقة في اتجاه عام نبّه المشرع أمداً طويلاً في إبطار مفاهيم جائزة لا يمكن تبريرها منطقياً ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها، وأن هذا الاتجاه يمثل ظملاً فاحشاً لمجرّمين ما برح المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم أكثر من في ذلك بجاءة قوانين استثنائية جاوز واضعوا بها -في كثير من جوانبها- حدود الاعتدال فلا يكون مجتمعهم إلا متحيفاً حقاً ما كان يجوز الإضرار بها

الناخبين في تصرفاتهم داخل البرلمان، ولا يجوز بالتالي محاسبتهم عنها، ولا استجوابهم بشأنها، ولا إتهامهم على بواعثهم من العمل التشريعي، ولا دعوتهم للمثول أمام الجهة القضائية للإدلاء بهذه الشهادة.

ولا نزاع في أن مجرد مخالفة السلطة التشريعية للدستور، سواء من ناحية الأوضاع الشكلية التي كان يجب أن يفرغ القانون فيها، أو من جهة خروج مضمون القانون على الدستور في محتواه، هو خطأ من المشرع. ولكن هذا الخطأ لا يصل إلى حد إتهام أعضاء هذه السلطة بالتكليس والالتواء، ولو كان غرضهم من إقرار القانون مخالفاً للدستور.

ذلك أن الجهة القضائية التي تدين بواعثهم، لا يثير شكوكا خطيرة حول أمانتهم، ولا تهنهم، ولا تقحم نفسها في سياسة تشريعية لا اختصاص لها بمناقشتها. وإنما حسبها أن تباشر ولايتها بما يكفل خضوع السلطة التشريعية لحكم الدستور. وشرط ذلك ألا يكون لها شأن بأعضائها أنفسهم، كاستجوابهم حول حقيقة دوافعهم من النصوص التي أقروها، بل يعين عليها أن تعتمد على مصادر خارجية ترجح لديها إساءة استعمال البرلمان لسلطته.

ومن المحقق فإن احترام السلطة التشريعية لنفسها يقتضيها أن تبدأ بنفسها، وأن تنزل على حكم الدستور. ورددها إلى الدستور هو جزاء مخالفتها لأحكامه، ولا عصمة لأحد فوق الدستور.

للمبحث السادسفائدة الخوض في أغراض النصوص القانونية أو بواعثها

٩٣٨- كثيرا ما يقال بأن الخوض في الأغراض المقصودة من القواعد القانونية، لا فائدة فيه، وذلك من وجهين:

أولهما: أن الدخول في الأغراض التي تقومها السلطة التشريعية من تشريعاتها، يحملها على أن تبذل جهدا أكبر لإخفاء ما هو غير مشروع منها، بما يحبط الرقابة القضائية على عمل السلطة التشريعية، ويعجزها عن تحقيق مهامها.

ثانيهما: أن السلطة التشريعية التي تبطل الجهة للقضائية تشريعاتها لسوء استعمال السلطة، قد تعيد إصدارها بذلك أهدافها السابقة للباطلة بعد إلباس تشريعاتها الجديدة، ثوبا بذاقض حقيقتها.

٩٣٩- بيد أن هذين الوجهين -حتى مع صحتهما- لا يجردان الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة من فائدتها العملية وذلك على النحو الآتي:

أولا: إعادة إقرار المشرع لقانون باطل في أهدافه

وما يقال من أن المشرع قد يعيد إصدار القاعدة القانونية القديمة التي أبطلتها المحكمة لسوء استعمال السلطة، مردود بأن إبطالها لقاعدة قانونية لسوء استعمال السلطة ثم يبدال المشرع للقاعدة القديمة بقاعدة جديدة ، لا يجوز أن يمنعها من التحقق مما إذا كان ثوبها الجديد، ساترا للأغراض المعيبة ذاتها التي كان عليها ثوبها القديم، وما إذا كان المشرع حين أعاد إصدارها قد أخذ في اعتباره بحقوق المخاطبين بها، والذين أضرروا منها قبل إبطالها.

ولا شبهة في أن للسلطة التشريعية دوما أن تقر من جديد قانونا ينظم الأوضاع التي تناولها قانون سابق قضى ببطلانه لمجاوزة السلطة، بشرط أن يوافق القانون الجديد، أحد الأغراض التي يكفلها الدستور. وحريتها في ذلك لا قيد عليها.

ثانيا: إخفاء المشرع لنواياه

وحتى لو أعاد المشرع إقرار قانون أبطل من قبل بالنظر إلى مجاوزة السلطة، فإن من المفترض أن يعامل القانون الجديد باعتباره قانونا مشبوها اتصل بالأغراض القديمة للمخالفة للدستور واستصحابها.

وهو افتراض لا يجوز أن ينقض إلا إذا قام الدليل على نيز السلطة التشريعية للغرض القديم، وعلى الأخص كلما تغيرت الأوضاع التي صدر القانون القديم في ظلها، أو تبدلت القيم من النقيض إلى النقيض خلال الفترة الزمنية الواقعة بين هذين القانونين.

ويتخذ الجهة القضائية في السالية التشريعية على هذا النحو، ليس معييا. ذلك أن إبطالها لقانون ما، لا يتصور أن يمنعها من تقييم قانون آخر طابق القانون الأول أو خالفه، أو كان قريبا من أحكامه.

ولها أن تعتمد في هذا التقييم على السياسة التي تنتهجها السلطة التشريعية، وموقفها قبل فريق من المواطنين. وهما عنصران يطحيان الانطباع في كثير من الأحيان بأن الأغراض التي توخاها المشرع من إقرار القانون الجديد، تثير الشبهة حول مشروعيتها، وعلى الأخص لأن احتمال إبطال القانون الأول الباطل بقانون جديد يصدر في إطار غرض مشروع، كثيرا ما يكون ضئيلا.

ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن القاعدة القانونية المخالفة في مضمونها أو في الآثار التي ترتبها للدستور، هي قاعدة لا نفاذ لها؛ فإن من الصحيح كذلك أن عودة المشرع إلى إقرار قاعدة قانونية لبطلتها المحكمة من قبل لخروجها على أهداف كلية يحميها الدستور لمخالفتها نصوص الدستور في أغراضها الكلية، ينحل عملا عديم الأثر. ولو أليس المشرع القاعدة الجديدة التي أعاد إصدارها، ثوبا يتفق مع الدستور.

وما يقال كذلك من أن إبطال الجهة القضائية للنصوص القانونية التي تخرج بها السلطة التشريعية عن حدود سلطاتها، يحفزها دائما على إخفاء حقيقة نواياها، وبذل كل جهد من أجل طمسها، وحرمان الجهة القضائية بالتالي من كل معلومة أو بيان يعينها على تقييم هذه النوايا لتتزم الجهة القضائية نفسها بنفسها؛ مردود بأن خوض الجهة القضائية في حقيقة الأغراض التي تبتتها السلطة التشريعية، ضرورة دستورية لا يجوز تجنبها أو غض البصر عنها.

وقلما تعتمد الجهة القضائية في سيرها لهذه الأغراض على معلومة أو بيان تتلقاه من السلطة التشريعية التي تحرص على أن تظل مقاصدها الباطلة من النصوص القانونية، محجوبة عن الجهة القضائية التي قد تكديها إذا بان لها أن وراء هذه النصوص غرض غير مشروع.

ولئن صح القول بأن تدخل الجهة القضائية لغرض رقيبته الدستورية على السلطة التشريعية، هو مما يزعجها ويؤرقها، وأن وصمها بمخالفة الدستور في الأغراض التي

يحموها، يشينها، ويصم أعضاءها بالإخلال باليمين التي حلفوها على احترام الدستور؛ إلا أن الحقيقة التي لا يجوز إهمالها، هي أن السلطة التشريعية قد تفر من القوانين ما يناقض نصوص الدستور في غاياتها.

ويتعين بالتالي أن تبطلها الجهة القضائية على تقدير أن مصلحة المواطنين في تأكيد الشرعية الدستورية وبناء أسسها، أولى وأظهر من مصلحة أعضاء السلطة التشريعية في حماية أنفسهم مما يشينهم، وعلى الأخص كلما كان سوء استعمال السلطة جلبا من نصوص القانون ذاتها، وإن تعين على الجهة القضائية أن تلتزم قدرا كبيرا من الحذر في وصمها لقانون ما بمجاوزة السلطة.

### المبحث السابع

#### ضرورة التحوط في مباشرة الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة

٩٤٠- وإذا كان وجبا على الجهة القضائية أن تطبق الدستور في كل أحكامه، ومن بينها الأغراض التي يصونها، فلن عليها كذلك أن تزن مهمتها هذه بقدر الضرورة، وألا تبطل بالتالي قانونا لإساءة استعمال السلطة، إلا إذا توافر الاقتناع لديها بأن القانون اختلط بغرض غير مشروع، وأنه كان لهذا الغرض دور إيجابى في تكوين نصوص القانون، ولو لم يكن دورا وحيدا Sole motivation أو متغشيا Dominant motivation<sup>(١)</sup> في نصوص القانون جميعها. وإنما يكفى أن يكون مؤثرا في المحصلة النهائية العملية التشريعية. ولا يجوز القول بالتالي بأن النصوص القانونية المناقضة في أغراضها للدستور، هي تلك التي ما كانت السلطة التشريعية لتصدرها لو لم تكن هذه الأغراض قائمة في ذهنها وقت إقرار القانون.

وكما بأن لجهة الرقابة القضائية أن القانون في غرضه لا يوافق الدستور، تعين عليها أن تعامله باعتباره قانونا مشبوها وأن تبطله. فإذا أعاد المشرع إصدار القانون، تعين أن تكون بواعثه الجديدة نقية من كل الوجوه<sup>(٢)</sup>.

ومجرد قيام صلة منطقية بين القاعدة القانونية، والأغراض التي تتوخاها، لا يجعلها بالضرورة قاعدة موفقة للدستور. وإنما تتحقق دستوريته بموافقتها لأحكامه وتقييدها كذلك بمقاصدها.

ذلك أن ما ينبغي أن يركز القضاء عليه، ليس ما إذا كان المشرع قد صاغ القاعدة القانونية متوخيا بها تحقيق غرض يوافق الدستور، وإنما يتعين أن يدور تساؤلهم حول ما إذا كان لهذا الغرض دور في تكوين هذه القاعدة<sup>(٣)</sup>. ويفترض دوما أن للغرض غير المشروع دور في المحصلة النهائية للقاعدة القانونية، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك.

ذلك أن مجرد مجاوزة السلطة التشريعية لأغراض توحاها الدستور، يصمها بإساءة استعمال سلطتها، وعلى الأخص من خلال الطريقة التي اختطتها لنفسها لإقرار القاعدة القانونية. التي لئن قى تكوينها غرض غير مشروع، وهو ما يعتبر كافيا لإبطالها، ولو كان

(١) لغرض المنفرد أو المهيمن، لا يلحق عادة الأصول التشريعية التنظيمية، وإنما يتعلق بالقرارات الفردية التي تصدرها الإدارة.

(٢) Paul Brest, "Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive, the Supreme Court Review, 1971, pp. 95-131.

(٣) Paul Brest, footnote page 119.

تطبيق هذه القاعدة كإثبات لتحقيق بعض المنافع للمخاطبين بحكمها، وكانت الفائدة العملية من تطبيقها، تربو سوءاتها.

ذلك أن الأغراض النافعة للقانون لا تنفى سوء استعمال السلطة باعتبارها عيباً لا يجوز الخلط فى تحقيقه بين الوظيفة التنفيذية والوظيفة القضائية.

ودليل ذلك أن المشرع وإن تعين أن ينظر فى النصوص القانونية التى يبحثها حتى لا يقر منها إلا ما يكون مفيداً بوجه عام للمخاطبين بأحكامها، إلا أن ما يعتبر من منظور قضائى صحيحاً من النصوص القانونية، ينحصر فى تلك التى توافق الدستور. ومن ثم لا تتحدد دستورية القانون على ضوء الفائدة التى يجنيها المخاطبون بأحكامه.

وينبغى بالتالى أن يعمل المشرع على إقرار النصوص القانونية التى توافق نصوص الدستور فى شكلها وأسسها وغاياتها، وإلا تعين إبطالها بغض النظر عن نتائجها على صعيد مصالح الناس فى مجموعهم. فضلاً عن أن إقرار المشرع لقوانين مخالفة فى أغراضها للنصوص الدستور فى غاياتها، مؤداه أن هذه الأغراض كان لها وزن فى تحديد مضمونها، وأن تعييبها على هذا النحو يكفى لإبطالها، ولو قارنتها بعض الآثار التى أفاد المواطنون منها.

### المبحث الثامن

#### الطبيعة القضائية والاحتياطية لسيب إساءة استعمال السلطة

٩٤١- تتناقض النصوص القانونية الدستور من أوجه ثلاثة ترتبها على النحو الآتي، وبمراعاة أن ترتيبها فيما بينها لا يعنى تدرجها وعلو بعضها على بعض. وإنما يقصد بترتيبها تقديم بعضها على بعض فى مجال الرقابة الدستورية التى تتولاها الجهة القضائية.

ذلك أن هذه الجهة لا تخوض فى عيوب النصوص القانونية دفعة واحدة، ولكنها تبدأ بالنظر فى المطاعن الشكلية للنصوص القانونية. فإذا تبين لها أن هذه النصوص لا يخالفها شئ عوارى مرده إلى الأوضاع الشكلية التى تتطلبها الدستور فيها، كان عليها أن تتناول بعدئذ عيوبها الموضوعية للتحقق مما إذا كان القانون مخالفاً لنصوص الدستور فى محتواها الموضوعى. فإذا ظهر لها براءة القانون من كل عوارى من طبيعة موضوعية، تبين عليها عندئذ، وعندئذ فقط أن تنتظر فيما إذا كان هذا القانون منطقياً على تجاوز السلطة.

وتقدم بعض صور مخالفة الدستور على غيرها، ليس قرين التحكم، ولا هو تعبير عن التسلسل، وإنما تتقدم بعض أوجه العوارى التى تقارن النصوص القانونية على بعضها فى إطار علاقة منطقية، وعلى ضوء طبيعة المخالفة الدستورية.

فتتحقق الجهة القضائية من استيفاء الأوضاع الشكلية التى يقتضيتها الدستور من المشرع أو تخلفها، يتصل بوجود النصوص القانونية ذاتها. ذلك أن النصوص القانونية التى لا يصحبها المشرع فى قوابلها الشكلية التى ينص عليها الدستور، كالموافقة على قانون بغير الأغلبية اللازمة لإقراره، أو إصدار رئيس الجمهورية لقرار بفقون بما يجاوز حدود الاختصاص المقرر له دستورياً فى هذا النطاق، أو كإغفال استيفاء المراحل المختلفة التى يتطلبها الدستور فى العملية التشريعية كقتراح القوانين وإقرارها وإصدارها، كل ذلك يعتبر عيباً شكلياً ينادى من النصوص القانونية، ويفقدها موماتها، وينعم به وجودها، فلا تكون لها شئ حياة على صعيد العلاقات القانونية، لتعامل هذه النصوص باعتبارها مواتة ولا قيمة لها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا من خلال قاعدتين كفلتهما:

أولاهما: أن المطاعن الشكلية فى النصوص هى التى تقوم فى مبناها على مخالفة النصوص القانونية لأوضاع إجرائية تتطلبها الدستور فيها، سواء فى ذلك ما كان متصلاً باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها متعلقاً

بالشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها في غيبة المصلحة التشريعية، أو بتفويض منها.

ثانيتهما: أن استيفاء النصوص القانونية لأوضاعها الشكلية، سابق بالضرورة على الخوض في عيوبها الموضوعية. ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقوماتها، لا تقوم أصلاً إلا بها، ولا يكتمل وجودها في غيبتها.

ومن ثم صح القول بأن خوض المحكمة الدستورية العليا في عوار موضوعي، يفترض اكتمال وجود النصوص للطعون عليها، وينحل بالتالي قضاء ضمنيًا بصور هذه النصوص وفق الأوضاع الشكلية التي تطلبها للدستور فيها<sup>(١)</sup>.

٩٤٢- وسواء تعلق الأمر بمخالفة النصوص القانونية لأوضاع شكلية تطلبها الدستور فيها، أو بمضمون قاعدة فيه، فإن هذين العيين لا يستبران بالضرورة عيبين قصديين. ذلك أن الرقابة على الدستورية تشملهما، سواء كان المشرع قد قصد الوقوع في المخالفة للدستورية وتعديها، أم كان قد دخل فيها إهمالاً أو خطأ، ليكون الوقوع فيها عرضاً لا قصداً.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الرقابة على الدستورية تتناول -بين ما تشمل عليه- الحقوق التي كفلها الدستور وأهدرها المشرع، سواء كان الإخلال بها مقصوداً ابتداءً، لم كان قد وقع فيها عرضاً<sup>(٢)</sup>.

ولا كذلك الطعن في النصوص للقانونية بمجاوزة السلطة. ذلك أن هذا الطعن ينحل عيباً غائباً مرده إلى خروج المشرع على أغراض يكفلها الدستور. ويتمحض هذا الطعن كذلك عيباً قصدياً على تقدير أن مجاوزة السلطة هي إساءة استعمالها، ولا يتحقق سوء الاستعمال بغير إرادة جازمة يطمئن المشرع أو يظهرها، متوخياً بها تحقيق أغراض تتناقض قواعد الدستور في مقاصدها الكلية. فإذا نقض المشرع هذه المقاصد وحرفها عن وجهتها في النصوص القانونية التي ألفها، تحين القول بمخالفتها للدستور.

ولا شبهة كذلك في أن الطعن بمجاوزة السلطة يستبر -في كل صورته- عيباً احتياطياً لا تنفر إليه الجهة القضائية قبل التحقق من خلو القانون من كل عوار آخر. وهو بذلك ملاذ أخير

(١) القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٢/١١/٧ -قاعدة رقم ٦/٥ -ص ٥٠-٥١ من المجلد الثاني من الجزء الثاني من أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢/٢٠ -ص ٣٥٢ من الجزء السابع من أحكام المحكمة

يعتصم به المضطرون من النصوص القانونية إذا تعذر عليهم تجريحها من جهة مخالفتها لنصوص الدستور في جوانبها الشكلية والموضوعية.

٩٤٣- ومقاصد المشرع من القواعد القانونية التي يقرأها، هي التي يتعين أن تستجلبها الجهة القضائية بغیر تردد يقطعها عن الخوض فيها. ذلك أن بحثها لا يتوخى للفصل فيما إذا كان المشرع قد أدخل في اعتباره كافة العوامل التي كان يجب أن يدركها ويصبرها في تنظيمه لموضوع ما. وإنما تلتخص مهمة الجهة القضائية التي نقصل في سوء استعمال السلطة، فيما إذا كان المشرع، قد صاغ القاعدة القانونية على ضوء غرض غير مشروع أثر في تكوينها. وتلك مهمة تقابل الجهة القضائية من خلالها بين أغراض تشريعية وأغراض دستورية، لتحدد على ضوء هذه المقابلة منطقة التعارض أو التوافق بينهما.

وكما كان للغرض غير المشروع دور في تكوين النصوص القانونية المطعون بمخالفتها للدستور، تعين إبطالها، ولو لم يكن هذا الغرض قد أحاط بالنصوص القانونية بتمامها، وإنما أثر في بعض جوانبها.

وليس شرطاً بالتالي أن يكون الغرض غير المشروع، غرضاً رئيسياً يؤثر بصورة جوهرية في النصوص القانونية ويوجهها نحو تحقيقه، ولا أن يكون غرضاً وحيداً يحيط بها من كل أقطارها ويقترب إلى كل جزئية فيها.

### المبحث التاسع

#### أغراض الدستور بين تعميمها وتخصيصها

٩٤٤- قررت المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها، أنه فيما خلا القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية، فإن لها أن تباشر اختصاصاتها التقديرية دون تدخل من الجهة القضائية التي لا يجوز لها أن تتلقضها في السيادة التي انتهجتها في موضوع معين، ولا أن تخوض في ملازمة تطبيقها عملاً، ولا أن تتحل للنصوص القانونية التي تبنتها غير الأغراض المقصودة من إقرارها، ولا أن تحل خياراتها محل البدائل التي تبنتها السلطة التشريعية التي يكفيها أن تمارس لاختصاصاتها وفق أغراض يقتضيها الصالح العام، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التي حددتها لنفسها، مرتبطة عقلاً بها<sup>(١)</sup>.

ولا شأن للجنة القضائية بالتألي بما هو مشروع من أغراض السلطة التشريعية التي تبلور مقاصدها من النصوص القانونية التي أقرتها. ولا كذلك ما لا يأذن به الدستور من أهدائها. ذلك أن توكيها تحقيق غرض غير مشروع، يعتبر انحرافاً منها في مباشرة سلطتها<sup>(٢)</sup>.

ولكن صح القول - وهو صحيح - بأن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يتصل بتفسير ملازمة إقرارها، ولا بالحكمة من تبنيها، ولا ببواعثها، إلا أن ذلك يفترض بالضرورة ألا تكون الأغراض التي يستهدفها المشرع منافية لمقاصد الدستور؛ سواء في ذلك تلك التي تتصل بالمفهوم الشامل للخير العام للمواطنين، أو بالمفهوم المخصص لأغراض بنواتها .

فقد لا يخول الدستور السلطة التشريعية حق فرض رقابة على وسائل الإعلام، إلا بشرطين: أولهما: أن تكون رقابة محدودة، وثانيهما: أن يكون هدفها منها صون الأمن الاجتماعي، ليكون ضمان هذا الأمن غرضاً مخصصاً حده الدستور.

وقد يكفل الدستور حرية إجراء البحوث العلمية، ويخول السلطة التشريعية اتخاذ الوسائل اللازمة لدعم قاعدتها وتوسيعها وتشجيعها. ومن ثم يكون هذا الغرض المخصص في نطاق البحوث العلمية، قيداً على سلطته في شأن كل تنظيم يتناولها.

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - للقاعدة رقم ٤/٣٤ ص ٤٩٤ من الجزء السادس.

(٢) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - القاعدة رقم ١٤/١، ص ٧ ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

وقد يكفل الدستور حرية العقيدة، ويمنع الدولة من التكتل لمناصرة عقيدة بعينها إضراراً بغيرها. وعندئذ يكون الدستور قد حدد للسلطة التشريعية أغراضاً بذواتها في مجال حرية اعتناق الأديان، ومنعها من التكتل على نحو يوجب الصراع بينها. وذلك غرض مخصص حدد الدستور مضمونه ومداه.

وقد يحظر الدستور إعلان الأحكام العرفية إلا بقانون، ويقصد صون الأمن والنظام. وعندئذ يكون إعلان السلطة التشريعية لها مقيداً بعدم انحرفها عن هذا الغرض المحدد، ليُبطل القانون الصادر عنها إذا جاوزته.

ففي كل هذه الفروض، نحن أمام دائرة بعينها حدد الدستور نطاق التكتل التشريعي فيها من جهة تحديده للأغراض التي يتعين أن يستهدفها هذا التكتل.

ولئن جاز القول بأن الدستور قلما يحدد أغراضاً بذواتها يلزم بها السلطة التشريعية، ويجعلها محورا لعملها فيما تقره من القوانين في إطار هذه الدائرة؛ إلا أن ندرة النص عليها في الدستور لا يعنى استبعادها كأغراض بذواتها يتعين أن تستهدفها السلطة التشريعية. فإذا نقضتها أو جاوزتها، دل ذلك على انحرفها عن سلطتها، وتعين إبطال كل قانون تقض أو جاوز الغرض المخصص بالدستور.

وليس ثمة فارق بالتالي، لا في الطبيعة ولا في الدرجة، بين خروج السلطة التشريعية على المفهوم الشامل للخير العام للمواطنين فيما تقره من القواعد القانونية؛ وبين تعمدتها الخروج على صور بذواتها من الخير العام حددها الدستور لها، وألزمها بأن تتخذها غاية وحيدة لها على وجه التحديد.

ذلك أن المفهوم الشامل للخير العام للمواطنين، هو المصلحة العامة في ثوبها النضفاض، ومفهومها الأوسع. وعلى نقض ذلك الأغراض المحددة التي يرسمها الدستور للسلطة التشريعية في دائرة بذاتها من تشريعاتها، ذلك أن هذه الأغراض تبلور المفهوم الخاص لصور بذواتها من الخير العام لا يجوز لهذه السلطة أن تعمل على خلافتها.

ومن ثم تكون المصلحة العامة هي المفهوم المعرض لاستعمال السلطة التشريعية، والغرض المخصص هو المفهوم الأضيق للمصلحة العامة التي يتعين على هذه السلطة التقيد به. ومجاوزتها للغرض المعرض أو الأضيق للمصلحة العامة، يبلور في الحالتين - انحرفها في استعمال سلطتها.

٩٤٥- ولا يجوز القول بالتالي بأر خروج السلطة التشريعية على الغرض المخصص لها بنص في الدستور في مسائل يعينها، هو مخالفة مباشرة لهذا النص من شأنها إلغاء المفاضلة التي تجريها بين البدائل، ويجعلها أمام خيار وحيد هو العمل على تحقيق الغرض المخصص، والمحدد بنص في الدستور. ومن ثم تكون سلطاتها في نطق تحقيق هذا الغرض، مقيدة لا تقديرية. غير صحيح وذلك لأمرين:

أولهما: أن إساءة استعمال السلطة تعتبر عيباً غائباً يشمل كل صور الخروج على المصلحة العامة سواء في مفهومها الأشمل أو في مفهومها الخاص.

ثانيهما: أنه حتى مع تخصيص الدستور لأغراض بذواتها، وحمل السلطة التشريعية على تبنيها؛ إلا أن لاختيار الوسائل الأفضل لتحقيق هذه الأغراض، لازال بيد السلطة التشريعية، وولما في حدود سلطاتها التقديرية. وهذه الوسائل هي النصوص القانونية التي تراقبها الجهة القضائية للتحقق من ارتباطها عقلاً بتلك الأغراض أو مجاوزتها لها.

### المبحث العاشر

#### العلاقة بين إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها

##### وبين الواقعة التي وجهتها لتنظيم موضوع معين

١٤٦- وغير صحيح كذلك القول بأن مجاوزة السلطة التشريعية لغرض معين حدده الدستور لها في موضوع ما، مؤداة انفصال تشريعاتها عن سببها، بما يبطئها لبطلان سببها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن من المفترض في كل قانون يصدر عن السلطة المختصة بإقراره، أن يفرغ في الأشكال التي نص الدستور عليها، وأن يتقيد بمضمون قواعد الدستور، وأن يلتزم الأغراض الكلية التي لا يعارضها.

وفي حدود هذه الدائرة وحدها، يتحدد موقع القانون من مخالفة الدستور أو من الاتفاق مع أحكامه.

وتمة فارق كبير بين واقعة توجه السلطة التشريعية إلى التدخل، وبين أثر هذا الواقعة في تكوين نصوص القانون وتحديد صورتها النهائية. ففوق اضطراب يخل بالأمن العام، واقعة تفول السلطة التنفيذية التدخل لقمعه. بيد أن التدابير التي تتخذها لتحقيق هذه الغرض قد تخالفها الأهواء، ولا يكون صون النظام العام بالتالي ملحوظا فيها، لتبطل هذه التدابير التي وجهتها أصلا واقعة لا شبة في مشروعيتها.

كذلك فإن كل كارثة من طبيعة عامة، تفول السلطة التشريعية إعلان حالة الطوارئ لمواجهةها. إذا كان من شأنها الإخلال بالأمن أو النظام العام. بيد أن السلطة التشريعية قد تنسّر وراء إعلان هذه الحالة، لاتخاذ تدابير تجاوز نطاقها وتزيد على متطلباتها، لتكون التدابير الزائدة مخالفة للدستور.

(١) كالقول بأن ما تنص عليه المادة ١٥ من دستور ١٩٢٣ من أن الصحافة حرة في حدود القانون، وأن أية صحيفة لا يجوز إنذارها أو وقفها أو إلغائها إداريا إلا إذا كان ذلك ضروريا لوقاية النظام الاجتماعي، مؤداة أن الدستور حدد أغراضا بذواتها على السلطة التشريعية ألا تحيد عنها، وأن استهدافها هذه الأغراض يعتبر سببا لتدخلها، فإذا جاوزتها للنصوص القانونية التي أقرتها، حين يبطئها لبطلان سببها. أنظر في ذلك رسالة الدكتور عبد العظيم عبد الحميد إبراهيم شرف - عنوانها المعالجة التشريعية والسياسية للامحرف التشريعي - ص ١٧٩ إلى ٢٠٣ طبعة ٢٠٠٢.

بما مؤداه أن لكل واقعة أثر في توجيه المشرع إلى التدخل لتنظيم موضوع ما. بيد أن الحدود التي يبلغها هذا التنظيم، هي التي تبين ما إذا كان متقفاً أو مختلفاً مع الدستور.

وكذلك الأمر في سوء استعمال السلطة. ذلك أن مضمون النصوص القانونية التي تقرها السلطة التشريعية في مجال تنظيمها لموضوع معين، قد تدل على وجه انحرافها في استعمال سلطاتها التشريعية من خلال تنكّبها لغرض مخصص حدده الدستور لها، أو مجاوزتها للمصلحة العامة في ثوبها الأعم، بما يؤكد انحرافها في الحالتين عن وظائفها.

ومن ثم تفصل الواقعة التي تحمل المشرع على التدخل، عن مضمون النصوص القانونية التي يقرها بمناسبة هذه الواقعة ذاتها، وعن حقيقة الأغراض التي يتوخاها.

فالهجوم من صحيفة على أحد المسؤولين عن العمل العام، يظل مشمولاً بالحماية الدستورية، ولو كان هذا الهجوم مريراً. ولا يجوز بالتالي أن تشكل هذه الواقعة مضمون النصوص القانونية التي ينظم بها المشرع حرية التعبير، وإلا تعين تعييبها بمخالفة الدستور.

### المبحث الحادي عشر

#### خصائص سوء استعمال السلطة التشريعية

٩٤٧- حددت المحكمة الدستورية العليا هذه الخصائص بقولها بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض في عملها، بل يسير مثلبا احتياطيا وعبئا قصديا يتعين أن يكون الدليل عليه واثبا بتتكبها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستئثارها بالتألي وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا لحرافا عنها<sup>(١)</sup>.

وقد كانت المحكمة العليا أسبق من المحكمة الدستورية العليا في تعييبها للنصوص القانونية بمجاوزة السلطة. ذلك أن حكمها في القضية رقم ٣ لسنة ٣ ق العليا "تسورية" خاض في نوايا المشرع، ومقاصد الذين أعدوا مشروع القانون المطعون عليه، والحقائق العلمية والعملية التي قام عليها، منتهيا من ذلك إلى خلوه من إساءة استعمال الوظيفة التشريعية<sup>(٢)</sup>.

٩٤٨- وقد قابل الفقيه الكبير الدكتور المنهوى بين سوء استعمال الحق، وسوء استعمال الوظيفة الإدارية، وسوء استعمال الوظيفة التشريعية. وقرر الفقيه الجليل أن النصوص القانونية وإن تسين ضمان استقرارها حتى لا تزعجها عيوب تثير شكا في مطابقتها للدستور، إلا أن حماية الدستور، لا أن حماية الدستور أولى.

وقرر هذا الفقيه كذلك أن لكل دستور أغراضا يتوخاها، فإذا خالفتها نصوص قانونية تسين إبطالها. ومن ذلك أن يابس المشرع النصوص القانونية بما ينافي حقيقتها بأن يصبها في شكل قواعد مجردة لا تستند موضوعها بمجرد تطبيقها عليها، حال كونها موجهة لحالة بذاتها، فلا يبقى بعد تطبيقها عليها مجال لصلها<sup>(٣)</sup>.

(١) القضية رقم (٢) لسنة ١٨ ق. "تسورية" - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - لقاعدة رقم ٨٩/٥ - ص ١٢١٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم (٣) لسنة ١٨ ق. العليا "تسورية" التي رفعت صحتها إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا في ١٩٧٢/٤/٢٣ والتي طعن فيها على القانون رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٩٥ بإلغاء قرارات وزير التعليم بمعدلة شهادة المساحة بشهادة للفنون والصناعات نظام حديث.

(٣) انظر في ذلك مقالة كتيها الدكتور المنهوى في مجلة مجلس الدولة - السنة الثانية - تحت عنوان "الاحراف في استعمال السلطة التشريعية".

٩٤٩- والأصل في المشرع أن يحرص على صون حقوق المواطنين وحرياتهم، وألا ينال منها متخفياً وراء ستار من حدود ولايته المنصوص عليها في الدستور، أو من مظاهر هذه الولاية المسلم بها، ولو لم يرد نص بها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ السلطة التشريعية من اختصاصها في تنظيم الحقوق ستاراً لإخفاء نواياها في الخروج بهذا التنظيم عن حقيقة الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها. فاضطهادها بعض الأعراق، وإثابتها بعض الأنصار، وإرهاقها لبعض الممولين، وإيهانها لتكلفة شروط العمل بقصد تعويق الحق فيه، وتحديدتها لشروط القبول في المعاهد التعليمية بقصد الإضرار بأقلية بذاتها، وتقديم الرجل على المرأة بقصد إقصائها عن العمل العام. لا يجوز أن يكون هدفاً لها. ذلك أن مثل هذه الأغراض لا يحميها الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تتناقض القيم التي احتضنها، وتخل بالأغراض التي يتوخاها في مجال تنظيم الحقوق.

ثانيهما: أنها في حقيقتها عدوان مقصود على حقوق المواطنين وحرياتهم تستر بالحق في تنظيمها، وتوخي صمعا أو إصابتها بالفدح الأضرار تحقيقاً لسياسة ملتوية تخرج بها السلطة التشريعية عن حقيقة وظائفها التي تلزمها بأن تتجرد في كل قاعدة قانونية تقرأها، عما يعتبر تلهياً أو تشبيهاً أو تسليطاً بغير الحق حتى تتحرر مقاصدها من كل اللواء بشيئها.

وتلك منطقة لا يجوز في إطارها أن تعمل السلطة التشريعية على الإضرار بغرقاء لا تصطفوهم، ولا أن تعد إلى الإخلال بالتوازن بين العزاي التي تربتها القاعدة القانونية، والأضرار التي تنجم عنها، لتزيد تكلفتها على فائدتها من خلال النوايا التي تبطنها، والتي ترتد على القواعد التي أقرتها بالنظر إلى تأثيرها في محصولتها النهائية.

وهو ما يجعل الأغراض التي تتوخاها القواعد القانونية، أحد الضوابط الفصل في مولاقتها أو مخالفتها لأغراض كلها الدستور.

ومن ثم صبح القول بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، يعتبر عيباً غائباً وقصدياً في أن ولحد.

(١) الأستاذ الدكتور/أحمد كمال أبو المجد -الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري- مكتبة النهضة العربية ١٩٦٠ -طبعته ص ٥٩٢.

واعتباره عيبا غائيا. موداه مجاوزة السلطة التشريعية قصدا لأغراض بضمنها الدستور. ومن ثم كان عيبا مقصودا يرتبط بحقيقة الأغراض التي توختها فعلا. كذلك فإن النظر إلى سوء استعمال السلطة باعتباره عيبا احتياطيا، موداه ألا نخوض فيه جهة الرقابة على الدستورية إلا إذا خلا القانون المطعون فيه من صور العوار جميعها التي ترتد في ضابطها العام إلى الأوضاع الشكلية والشروط الموضوعية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية.

فإذا قام واحد منها، كان ذلك كافيا لنقض القانون<sup>(١)</sup>. ذلك أن اتهام السلطة التشريعية بسوء استعمال سلطتها أمر جد خطير يفاير خطأها في فهم الدستور. ويتعين بالتالي أن يؤخذ القول بانحرافها في استعمال سلطتها بقدر كبير من الحذر، لا لأن السلطة التشريعية فوق الدستور، إذ هي دونه بيقين، وإنما لأن من المفترض فيها أن تعمل وفق أحكامه، وعلى ضوء الأغراض التي يتخاها، فلا تلغضها بما يجعل نواياها عيبا على الدستور.

(١) فإذا طرد المشرع خصوم الحكومة بالنظر إلى مضمون الآراء التي يجرون بها عن مناصبتهم لها، كان ذلك إخلالا بحرية التعبير ينقم انحرافها في استعمال السلطة.

### المبحث الثاني عشر

#### إساءة استعمال السلطة بين التقدير والتقييد

٩٥٠- وتدرج السلطة التشريعية بحريتها في التقدير، لا يناقض إمكان انحرافها في استعمال سلطتها. ذلك أن التقدير غير التحكم، والتعقل غير التسلط.

فالتقدير مفاضلة بين بدائل يفترض فيها جميعها أنها وسائل مشروعة لتنظيم موضوع معين، ولن المشرع اختار أنسبها لهذا التنظيم، وأحراها بتحقيق أكثر المصالح العامة تقيلاً.

ومن ثم كان تنظيم المشرع مسائل يعجزها، غير مقصود بالنظر إلى نواتها، وإنما لتحقيق المصلحة التي يستهدفها المشرع، بافتراض اتصالها بتحقيق وجه من أوجه الخير العام.

فلا تكون الوسائل غير بدائل منطقية لتحقيق أغراض بنواتها تنفيهاها، ولا تكون المشروعية إلا وصفا جامعاً بين الوسائل وأهدافها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية يفاضل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحاً من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها، وأن كل تنظيم للحقوق لا يجوز أن يصل في منتهاه إلى إهدار الحقوق التي تتناولها، ولا أن يرهق محتواها بقيود لا تكفل فعاليتها<sup>(١)</sup>.

٩٥١- إذ كان ما تقدم، فقد تعين إهدار القول بأن السلطة التقديرية للمشرع جوهرها الإطلاق. ذلك أن حدّها مشروعية الوسائل التي يعتمد المشرع عليها في مباشرة هذه السلطة، ومشروعية الأغراض التي تتوخاها هذه الوسائل، وقيام صلة منطقية بين هذه الوسائل وتلك الأغراض.

فإذا اختار المشرع من بين الوسائل التي يفاضل بينها، ما هو غير مشروع أصلاً كمصادرة آراء بالنظر إلى مضمونها، أو كان المشرع قد اتخذ لتحقيق غرض مشروع -حصول الأمن- وسيلة لا جدال في مخالفتها للدستور، كفض الرسائل البريدية بخير إن

(١) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق دستورية- جلسة ١٦/١١/١٩٩٦ -القاعدة رقم ١٣/١٢ الجزء الثامن من ١١٦٩ والقضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ ق دستورية- جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - القاعدة رقم ٢/١٠٣ - من ١٣٤٨ من الجزء الثامن، والقضية رقم ٦٠ لسنة ١٧ ق دستورية- جلسة ٤/٥/١٩٩٦ - القاعدة رقم ٤٣ ١٥١ ص ٥٧٤ من الجزء السابع.

قضائى، أو كل مد، البديل أكثر إرهاباً للمخاطبين بالقانون، خرج المشرع فى ذلك كله عن حدود سلطته التقديرية

وقد تنظم السلطة التشريعية حق الأشخاص فى الاجتماع -وهو تنظيم مشروع أصلاً- واختار لإجراء هذا التنظيم وسائل منطقية غير مخالفة للدستور بقصد تحقيق أغراض، لا يتسامح فيها، كطاردة بعض الخصوم وتعقبهم، وعندئذ يكون خروج المشرع على حدود وظيفته وإساءته استعمال سلطتها، ثابتاً يقيناً.

ويتعين بالتالى التمييز بين أغراض مشروعة تستهدفها السلطة التشريعية. وهذه لا شأن للجهة القضائية بها، وبين أغراض لا يأتى الدستور بها، ولكن السلطة التشريعية قننتها بتشريعاتها انحراًفاً منها عن الحدود المنطقية لولايتها.

### المبحث الثالث عشر

#### إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية

٩٥٢- تكور إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها -وجودا وعمدا- مع حقيقة الأغراض التي تستهدفها فيما تقره من القواعد القانونية. فما كان منها كافلا الغرض المخصص المحدد بنص الدستور، استقام في منطق للشرعية الدستورية. فإذا لم يحدد الدستور ثمة غرض من هذا القبيل، ولكن المشرع جاوز حدود المصلحة العامة بمفهومها الأشمل، فإن تشريعه يكون باطلا لخروجه على الوظيفة التشريعية التي يقوم للمشرع أصلا عليها.

ويتعين بالتالي أن ننظر إلى إساءة استعمال السلطة لا على ضوء سياسة ثابتة تنتهجها السلطة التشريعية بوجه عام كتنفيذ سياسة التحامل ضد عرق معين، وإنما وفق كل قانون على حدة، إذ يؤخذ هذا القانون وحده، وينظر إلى الأغراض التي وجهته وحددت محتواه. وهذه الأغراض وحدها التي قصد المشرع إلى تحقيقها، هي التي نقف عندها في مجال الفصل في سوء استعمال السلطة.

ومن ثم تتصل هذه الأغراض بالنوايا التي أبطنها المشرع، وعبر عنها من خلال النصوص للقانونية التي أقرها في شأن موضوع محدد قصد إلى تنظيمه. ولأن هذه النوايا تتصل بالإرادة الباطنة، ولما يفصح المشرع عنها، فإن الدليل عليها، لا يقوم إلا من مظاهر خارجية تشهد بها وتفضي إليها. ويندرج تحتها القرائن الظرفية التي تكل عليها حتى ما كان منها سابقا على إعداد النصوص القانونية المطعون عليها بمجاوزة السلطة، بشرط أن تدل الأوضاع السابقة على إقرارها، على الخلفية التي حددت لهذه النصوص وجهتها، أو على الأكل على الجو العام الذي أحاط بها وألهمها حقيقة مضمونها.

ولا يجوز من ناحية أخرى الخلط بين مفهوم إساءة استعمال السلطة، وبين عدوان المشرع على حقوق المواطنين وحررياتهم من خلال تنظيمها. ذلك أن الدستور إذ يعهد إلى المشرع بتنظيم موضوع معين، فإنه لا يخول المشرع أكثر من بيان الحدود المنطقية التي يمارس المواطنون فيها حقوقهم وحررياتهم التي كفلها الدستور. فإذا تغول المشرع عليها سواء بإهدارها أو بانتقاصها من أطرافها، جاوز بذلك حدود سلطته في تنظيمها. وفي ذلك مخالفة مباشرة لنصوص الدستور.

يؤيد ذلك أن هذه المخالفة المباشرة لنصوص الدستور تتحقق، ولو لم يكن المشرع حين أقر النصوص القانونية المعيبة سبباً لثنية، بل كان خطؤه راجعاً إلى عدم فهمه لنصوص الدستور على صحيح وجهها.

ولئن كان الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، إلا أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور التي لا تجبر الدولان على حقوق المواطنين وحرياتهم التي كلها سواء من خلال عدم دوائها أو الحد من نطاق الانتفاع بها.

وسواء كان الانتقاص من الحرية أو الحق جميعاً أم كان محدوداً، فإن هذا الانتقاص عدوان على الحماية التي تصورهما الدستور وكلها لهذا الحق أو لتلك الحرية. وهذه الحماية هي التي يحرص الدستور عليها ليعطي حقوق المواطنين وحرياتهم قيمتها الحقيقية.

٩٥٣- بيد أن تنظيم المشرع للحق أو الحرية قد يوقعه في حماة سوء استعمال السلطة، إذا توخى المشرع من هذا التنظيم تحقيق غرض غير مشروع. وهو غرض يتعين أن يكون قد تعدده، وأن يدل على سوء نواياه.

وحتى لو ألبس المشرع قانوناً ألزمه ثوباً من المصلحة العامة، فإن إخفاء الأغراض الحقيقية التي توخاها، لا يجوز أن يحول دون تحريها، ليبطل القانون بقدر خروجه على الأغراض التي يلتمسها الدستور. وهو ما يتحقق على الأخص من خلال القوانين التي تفرها السلطة التشريعية في شكل قواعد مجردة لتستر تطلها بأشخاص بذواتهم قصد إلى الإضرار بهم أو تتوخى منحهم مزايا لا يستحقونها.

ولئن كان من المفترض في السلطة التشريعية هو تجردها ونزاهتها، وعلوها بالتالي على الصفات التي تكفيها إليها الأهواء الشخصية ميلاً أو ضغينة، إلا أن هذه الأهواء قد تحرفها عن رسالتها وتوجه وظيفتها إلى غير الأغراض التي يقتضيها الدستور منها، ليستط بالتالي الغراض مطابقتها للدستور.

٩٥٤- ولأن مجاوزة السلطة يتصل في الأعم بالنوايا التي أضمرها المشرع وحدد على ضوئها مضمون النصوص القانونية المطعون عليها؛ وكان التحقق من هذه النوايا من الصعوبة بمكان؛ وكان المشرع قلما يبان عن نواياه الحقيقية التي غلفها بالنصوص القانونية الظاهرة صحتها، إلا أن تعمقها يظل واجباً على الجهة القضائية يلزمها ببلوغ غاية الأمر بشأنها. ويقوم واجبها في ذلك لا من خلال النظر في ظاهر هذه النصوص -إذ الفرض أن المشرع أخفى نواياه الحقيقية بشأنها وألبسها غير ثوبها لإدال على حقيقة وجهتها- وإنما عن طريق النظر في كافة الأوضاع التي لا يستها ما كان منها سابقاً عليها، أو معاصراً لخلقها، وما اتصل بها من حوار داخل السلطة التشريعية ذاتها بالرجوع إلى مضابطها، وما استقام من كافة القرآن التي تنص بنوايا المشرع التي ألبسها.

ويتحقق ذلك على الأخص بالرجوع إلى الخلفية التاريخية للنصوص المطعون عليها، مصحوبة بالأغراض السياسية الانتهازية التي تبنتها الأغلبية البرلمانية وقت إقرارها لها<sup>(١)</sup>، والعجلة المريبة في تمريرها، والهدف على سرعة إصدارها، وأقوال المسؤولين الذين يبررونها بها، وبطريقة تنفيذها، وغير ذلك من ظروف الحال التي تدل على حقيقة وجهتها.

وقد يؤكد نداعي الأحداث، أن المشرع خلط الأغراض المخالفة للدستور بأغراض ظاهرها الصحة، ليحقق خفية بالنصوص القانونية التي أقرها، ما عجز علانية عن إنفاذه.

وقد يعمد المشرع إلى انتهاج سياسة معينة في نطاق قوانين متعاقبة أقرها لتنظيم موضوع معين، لتحيط هذه السياسة بتلك القوانين جميعها بما يجعلها خارجة من رحمها وموصومة بها في كل حلقاتها. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن تنظيم العلاقات الإدارية -بالصيغة التي أفرغ للنص المطعون عليه فيها- ليس إلا حلقة في اتجاه عام تبناه المشرع أمدا طويلا في إطار من مفاهيم جائزة يستحيل تبريرها منطقيا، ولو أجهل الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها. وكان ذلك بكل المقاييس ظلما فادحا لمؤجرين ما برح المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم، مكثرين في ذلك بحجاة قوانين استثنائية جاوز واضعها بها حدود الضرورة التي أملت<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك النزعة السياسية الانتهازية للقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٠ المعدل للمادة ١٢١ من قانون تنظيم الجامعات الصادر بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ والذي ألقى بكثير من أسائد الجامعة في عرض الطريق.

(٢) القضية رقم ١٤٩ لسنة ٨ قضائية -دستورية- جلسة ١٥/١١/١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦٥- ص ٩٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن

### المبحث الرابع عشر

#### الأهمية الحقيقية لعبإساءة استعمال السلطة

١٩٥٥- لأن قررت المحكمة الدستورية العليا - المحكمة العليا - بأن النصوص القانونية يجوز تعييبها بإساءة استعمال السلطة، إلا أن الطبيعة الاحتياطية لهذا المطن، نقل كثيرا من أهميته العملية. وهو ما يظهر على الأخص من ناحيتين:

أولاهما: أن المخالفة المباشرة لنصوص الدستور، سواء من جهة مجاوزة الأوضاع الشكلية التي فرضها الدستور على المشرع فيما يقره من القوانين، أو من جهة اتفاق مضمونها، ومضمون نصوص الدستور، تتقدم دوما الأغراض المخالفة للدستور التي قد يستلهمها المشرع فيما يقره من القوانين.

ثانيتهما: أن دائرة سوء استعمال السلطة كثيرا ما تتداخل مع دائرة المخالفة المباشرة للقواعد الموضوعية الواردة في الدستور، بما يجمعهما ببعض في أن واحد، ليكون القانون - في مضمونه - مخالفا للدستور ومشوبا في الوقت ذاته بمسوء استعمال السلطة.

فالقيود التي يفرضها المشرع على حرية التعبير بقصد مطاردة خصوم سياسيين، تعتبر مخالفة للدستور من جهة إخلالها بحرية التعبير التي كفلها الدستور، وكذلك من جهة توقيها لغرض غير مشروع، مثلها في ذلك مثل القيود التي يرقق بها حرية الاجتماع بقصد حرمان فئة من المواطنين من ولوج لاجتماع معين أو لإزهايمهم حتى لا يدخلوه.

ذلك أن هذه القيود تناقض الدستور من جهة مساسها بجوهر هذه الحرية ولتقاصصها لها من أطرافها، وهي كذلك مخالفة للدستور من جهة أن السلطة التي أقرتها خالطها غرض غير مشروع تحدثت به بواعها في تنظيم هذه الحرية.

وكذلك الأمر في شأن كل حق أو حرية ينظمها الدستور إذا اختلط فيها العنوان على أيهما، بغرض غير مشروع.

وحتى في الأحوال التي تخرج فيها السلطة التشريعية على وظائفها خروجا فاضحا كاتهامها بعض السياسيين بمقاومة الثورة أو العمل على خلاف مبادئها، وإقرارها لقانون يعاقبهم على هذه الأفعال، ولو لم يكن الجزاء عليها جنائيا؛ فإن هذا القانون - وإن توجه لتحقيق أغراض لا يحميها الدستور - إلا أنه يعتبر مخالفا مباشرة لنص المادة ٦٦ من الدستور التي تحظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائي، ولو لم تكن هذه العقوبة من طبيعة جنائية، بل جزء لا يتوافر فيه خصائصها.

ومن ثم نتقدم هذه المخالفة، سوء استعمال السلطة باعتباره عيبا احتياطيا.

وتصدق هذه الملاحظة كذلك إذا صدر قانون اتخذ شكل قواعد مجردة في الوقت الذي تصرف فيه هذه القواعد إلى أشخاص معينين بذواتهم قصد المشرع إفادتهم أو غمط حق لهم من خلال النصوص القانونية التي أقرها في صورة مجردة

ذلك أن صدور القانون على هذا النحو، يطلو على مخالفة مباشرة لنص المادة ٦٨ من الدستور<sup>(١)</sup> وهي مخالفة تكفي وحدها لإبطاله، ولو كانت الأغراض التي لأبسته وأثرت في تكوينه، مخالفة للدستور<sup>(٢)</sup>.

ويتعين القول بالتالي بأن نصوص القانون المطعون عليها بمجاوزة السلطة، والتي يشوبها خروج مباشر على نص في الدستور شكليا كان أو موضوعيا- لازمها أن نتقدم للمخالفة المباشرة لهذا النص، الفصل في إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها.

فالقانون الذي يجيز مصادرة الصحف التي تمس بهيبة أو باعتبار بعض المسؤولين في مجال انتقاد طريقة أدائهم للعمل العام، يناقض بصورة مباشرة حرية التعبير التي كفل الدستور أصلها، ويكتسب كذلك بغرض غير مشروع ، إذ لا صلة لهذه المصادرة بأمر ينصل بالسلامة العامة أو بالأمن القومي وهما غرضان حددتهما المادة ٤٨ من الدستور لجواز فرض رقابة محدودة على الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام عند إعلان حالة الطوارئ أو في زمن الحرب، ولكن المخالفة المباشرة لحرية التعبير، تتقدم بالضرورة مجاوزة السلطة باعتباره عيبا احتياطيا.

وتدخل المشرع في وسائل البحث العلمي أو في أعمال الإبداع بما يرهقها، غرض غير مشروع. بيد أن هذا التدخل يستحيل أن يتحقق بغير الإخلال بحق المواطنين في المباشرة الحرة لبحوثهم العلمية أو لأعمال الإبداع على اختلافها. وتلك مخالفة مباشرة لنص المادة ٤٨ من الدستور تتقدم بالضرورة إساءة استعمال السلطة.

(١) وفقا لنص المادة ٨٦ يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع. والتشريع هو القواعد المجردة حقيقة لا شكلا.

(٢) تنص المادة ٦٨ من الدستور على أن يتولى مجلس الشعب اختصاص إقرار القوانين والقوانين التي تشير فيها هذه المادة هي التي نزع حكمها في شكل نصوص قانونية تنص بالمعمومية والتجرد فإذا أقر مجلس الشعب قانون في شكل قواعد علمية مجردة ثم ظهر أن حالة بذاتها أو شخصا بعينه هو المقصود بهذا القانون، فلي ذلك القانون يكون مخالفا بصورة مباشرة لحكم هذه المادة.

ولإبعاد مواطن عن وطنه يناقض مباشرة نص المادة ٥١ من الدستور. فإذا كان الغرض من الإبعاد هو طرده حتى لا يؤثر قلقاً في وجه الدولة، كان قرار الإبعاد مخالفاً في آن واحد لنص المادة ٥١ من الدستور، ومنشأ كذلك بغير غرض للمشرع لا يتقدم المخالفة المباشرة لنص الدستور وإنما يأتي بعد الفصل فيها.

وتعليق حق للمواطنين في الاجتماع على ترخيص، يناقض مباشرة نص المادة ٥٤ من الدستور، فإذا كان لاشتراط الترخيص السابق على الاجتماع يتوخى أن تكون الدولة به أو أن ترفض عقده على ضوء موقفها من المجتمعين، وما إذا كانوا يعارضونها أو يسبحون بحمدها، فإن مصادرة الحق في الاجتماع، يكون كذلك مشوباً بغرض غير مشروع يتأخر بالضرورة عن المخالفة المباشرة لنص المادة ٥٤ من الدستور.

وقد على ذلك كافة الحقوق والحريات التي يقيد بها المشرع بالمخالفة للدستور وبما يناقض الأغراض التي يتوخاها.

### الفصل السابع

#### الرقابة الدستورية على إغفال المشرع تنظيم الجوانب الكاملة

#### لحقوق المواطنين وحرياتهم

٩٥٦- تثار قضية كبرى حول ما إذا كان اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية النصوص القانونية ينحصر في النصوص التي أوردتها المشرع في مجال تنظيم لموضوع معين؛ أم يتعداه إلى النصوص التي أهملها، والتي لا يكتمل التنظيم القانوني للحق أو للحرية بدونها.

وتبدو أهمية هذه للقضية وخطورتها من ناحيتين:

أولاهما: أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمدتها المشرع أم انزلق إليها بغير قصد، يتعين قمعها.

ثانيهما: أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها، الحماية من جوانبها العلمية، وليس من معطياتها النظرية. وتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم، والتي يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها.

وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات.

وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً لتفصها في مجالاتها الحيوية، وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية.

إذاً نظمها المشرع تنظيمًا قاصراً، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضمانتها التي هيأها الدستور لها. وفي ذلك مخالفة للدستور.

٩٥٧- فحق الاقتراع المخول لكل مواطن، مؤداه أن يكون لصوته القيمة ذاتها التي منحها المشرع لغيره من المواطنين؛ وأن تنهياً لكل مواطن مكتة حقيقة يفاضل من خلالها بين المرشحين المترشحين على المقاعد التمثيلية؛ وأن ينظم المشرع زمن، ومكان الحملة الانتخابية وكيفية مباشرتها؛ بما يكفل حيديتها وإنصافها؛ وأن يحيطها بكل ضمانة تعزز مصداقيتها؛ وأن يكفل كذلك للمترشحين عليها حقوقاً يتساوون بها في فرص الفوز بمقاعد، وعلى الأخص

من خلال تنظيم حدود الأموال التي تنفق فيها، وبيان مصادرها ولوجه إنفاقها؛ وألا يقسم المشرع الدوائر الانتخابية على نحو يكفل تمزيق أصوات المعارضين وتشقيتها.

وقد يتصور البعض أن اشمال التنظيم القانوني لحق الاقتراع، على كافة النقاط السابق بيانها، يجعل هذا التنظيم متكاملًا، ونافيًا عن مخالفة الدستور.

بيد أن هذا النظر يعتريه قصور يتحصل في أن الحملة الانتخابية قد تتحول نتاجها من وجهين على الأخص:

أولهما: أن اشتراط الإشراف القضائي على عملية الاقتراع عملا بنص المادة ٨٨ من الدستور، لا يقتصر على مرحلة إدلاء الناخبين بأصواتهم في صناديق الاقتراع.

ذلك أن الحملة الانتخابية كما نضد نتائجها من خلال تزوير الأصوات التي أنلى بها فيها، فإن الناخبين قد يتعرضون قبل توجههم إلى صناديق الاقتراع لألوان من الضغوط يبرزون تحتها مما يخل بحيثتها. وهو ما يتحقق إذا لم ينبسط الإشراف القضائي على كافة مراحل العملية الانتخابية بدءا من التقيّد في للجدول الانتخابية، ومرورا بطريق وصول الناخبين إلى صناديق الاقتراع، وانتهاء بمرحلة إدلائهم بأصواتهم في هذه الصناديق، ليحيط الإشراف القضائي بالعملية الانتخابية في كافة مراحلها.

ثانيهما: أن الصفة التي يدخل بها المرشحون في الحملة الانتخابية لا يجوز لهم تغييرها بعد فوزهم بالمقاعد النيابية. ذلك أن صفتهم هذه هي التي دخلوا في صراع الحملة الانتخابية على أساسها، وهي التي كانت محل اعتبار الناخبين في تحديد وجهة أصواتهم، وما كان المرشحون بالتالي ليحصلوا على مقاعدهم النيابية، لو كانت لهم صفة غيرها. ويزيد الأمر سوءا ما نراه من أن تغيير المرشحين لصفاتهم التي رشحوا على أساسها، لم يكن في كثير من الأحيان عملا فرديا بل تصرفا من كثيرين منهم قصدوا به تحقيق مغاير يلتصونها. وهي مغاير لا شأن لها ببراء جديدة آمنوا بصحتها وغيروا عقيدتهم للدخول فيها.

ومن ذلك ماشهدناه في الحملة الانتخابية الأخيرة من أن كثيرين رشحوا أنفسهم بوصفهم مستقلين عن السلطة الحاكمة وحزبها للمهمين، حتى إذا ما فازوا في الحملة الانتخابية، انقلبوا على أعقابهم، ولتضموا إلى حزبها سعيًا وراء مغاير يتوقعونها من وراء هذا الانضمام -ليرس إيمانًا منهم بمبادئ- غير عابئين بأن تغييرهم لهويتهم، هو تحويل لإرادة الناخبين التي أعطتهم ثقها بوصفهم مستقلين، وصرفها إلى غير وجهتها الحقيقية. فلا يكون

علمهم غير تزوير لهذه الإرادة يمثل من كل الوجوه إبدال الأصولت الصحيحة بغيرها أو إسقاطها كلية.

وعدم جواز تغيير الفائز في الحملة الانتخابية للصفة التي لانتخب على أساسها، هي القاعدة، سواء كان التغيير من مستقل إلى حزبي أو من حزب إلى آخر. ذلك أن الذين يدخلون في العملية الانتخابية بناء على صفة بذاتها كانت محل اعتبار الناخبين وقت إدلائهم بأصواتهم لصالحهم، يفترض فهم أن يحتفظوا بهذه الصفة التي أدخلها الناخبون في اعتبارهم وقت انتخابهم، فإذا غيروها فيما بين جولتين انتخابيتين، صار انتخابهم بلا معنى<sup>(١)</sup>.

By standing for election under given party labels, candidates are in effect committing themselves to the support of those parties for the term of office. If that were not so, the use of the vote to choose between different programmers and political tendencies would be rendered meaningless.

وفترض اكتمال التنظيم القانوني لحق الاقتراع، أن يشتمل على كافة النصوص التي تمنع تحويل إرادة الناخبين، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر. فإذا خلا هذا التنظيم من تلك النصوص، كان قاصرا فيما لم يشتمل عليه منها، وتعين اعتبار هذا القصور إغفالا تشريعا مخالفا للدستور، شأن هذا الإغفال في ذلك شأن كل خروج على الدستور، سواء كان مقصودا من المشرع، أم كان مردده إلى سوء فهمه لأحكامه.

كذلك يفترض ضمان الدستور لحق الدفاع أن يكون فعالا. ويقع بالتالي مخالفا للدستور كل تنظيم قانوني لهذا الحق، إذا خلا من النصوص للقانونية التي تكفل اتصال المتهم بمحاميه ليس فقط وقت توجيه التهمة، بل كذلك في كافة المراحل المؤثرة في مصيره بما في ذلك مرحلة التحقيق الابتدائي، ثم مرحلة الاتهام التي أعقبتها وحتى الفصل فيه.

وهي ضمانة تشمل كذلك إمكان الطعن في الحكم الصادر في الاتهام، وضرورة تمكين المتهم ومحاميه من الفرص الكاملة التي يعد فيها الدفاع، بما في ذلك ضرورة الإقراج عن المتهم سربو بكفالة غير مغالية فيها- إذا كان هذا الإقراج مبررا كأن يكون لازما لتحضير وثائق تدحض التهمة وتنفيتها.

بل إن حق الدفاع يخلل كذلك في كل محاكمة اختصر المشرع إجراءاتها، أو لم يكتل علانية جلساتها، أو لم يحط حقوق المتهم فيها بضوابط يوازن بها الحقوق التي كفلها لسلطة

(١) David Beethan and Kevin Boyle, Introducing democracy. UNESCO Publishing 1995. p.59

الاتهام، كأن يخل بشرط مواجهة المتهم لشهود النيابة، أو بحق المتهم في أن يحصل على شهود الذين ينفون الاتهام ويقارعون النيابة في أدلتها

وإغفال النصوص القانونية لشيء مما تقدم، هو إخلال بضمانة الدفاع ذاتها التي كفلها الدستور. ويتعين أن يكون الجزاء على هذا الإغفال، هو عين الجزاء المقرر على العنوان على حق الدفاع بنص قانوني مباشر.

ذلك أن ضمان الدستور لحق الدفاع - على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- قد تقرر باعتباره أحد الأركان الجوهرية لسيادة القانون، كغفلت الخصومة القضائية عدالتها، وبما يصون قيمها، ويترج تحتها ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها، أو نأيها الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأوراق وأقوال الشهود. فلا يكون بنيان الخصومة متحيزاً حقوق أحد من الخصوم، بل مكافئاً بينهم في مجال إثباتها أو نفيها، استظهاراً لكل حقائقها، واتصالاً بكافة عناصرها<sup>(١)</sup>.

٩٥٨- وما تنص عليه المادتان ٣٥ و ٣٤ من الدستور من عدم جواز فرض الحراسة على الملكية الخاصة، ومن حظر نزع ملكيتها أو تأميمها بغير تعويض عادل، مؤداه أن الأصل في الملكية هو أن تظل لأصحابها؛ وألا تعرض قيود عليها لا تقتضيها وظيفتها الاجتماعية؛ وألا ينال للمشرع بالتالي من أصلها أو يجردها من لوازمها إلا وفق الشروط والأوضاع التي ينص عليها الدستور وللقانون، وألا يباشر آخرون عليها سيطرة فعلية يستأثرون من خلالها بشارها أو ملحقاتها أو منفعتها، إضراراً بأصحابها الذين ظل سند ملكيتها بأيديهم، كالاستيلاء على الملكية الخاصة بصورة ممتدة تحلها أعجاز نخل خاوية. ذلك أن الملكية هي المزايا التي تنتجها. فإذا نقض المشرع عليها، أحالها صريماً، سواء كان عدوانه عليها بنص تشريعي مباشر، أو بإغفال تقرير ضماناتها التي كفلها الدستور لها.

٩٥٩- وتخطيم الدستور للحق في التقاضي، يفترض ليس فقط حق النفاذ إلى المحاكم على اختلافها بوسائل ميسرة ودون عوائق إجرائية. وليس فقط تقرير كل ضمانات قضائية يقتضيها الفصل بصورة منصفة في حقوق الأفراد والتزاماتهم المدنية، وكذلك فيما يوجه إليهم من اتهام جنائي، وإنما يتعين كذلك أن تتوافر حقيقتان أخريان لا يكتمل بدونهما حق التقاضي.

(١) القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٩٨ ق/دستورية - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ١٣٣ - ص ١١٠٧ من

لأولها: أن تؤول المحصلة النهائية للنزاع، إلى ترضية قضائية توافق الدستور والقانون، وتضع حدا نهائيا للدعوى على حقوق الأفراد وحرياتهم التي وقع الإخلال بها.

ثانيتهما: أن تقتصر هذه الترضية بالحمل على تنفيذها جبرا، واقتضاها بقوة السلطة من الملزمين بها، إذا لم يقبلوا بها طوعية واختيارا.

وإغفال المشرع تقرير النصوص القانونية التي يكتمل بها حق النقاضي، والتي يصل هذا الحق في كنفها إلى كامل مداه، هو عدوان على ذلك الحق لا يقل سوءا عن النصوص القانونية التي يقرأها ليجرد الحقوق التي ينظمها من مضامينها ويحلها إلى فراغ عقيم.

٩٦٠- وضمان الدستور للحرية الشخصية في إطار دولة القانون، ووفق المفاهيم الديمقراطية، يفترض شخصية المسؤولية الجنائية وشخصية العقوبة، ألا يبتدع القاضي عقوبة بطريق القياس، وألا يجبل المشرع شخصا بذواتهم مسئولين عن فعل أو أفعال لا شأن لهم بها، وألا يتخذ من الفرقن القانونية التحكيمية، سبيلا إلى إعفاء النيابة من إثبات ركن في الجريمة لا تقوم إلا به، أو من توافر أحد الظروف المشددة لعقوبتها، وألا يقرر المشرع جزاء جنائيا رجعيا، وألا يعطل سريان قانون أصلح للمتهم منذ صدوره، ولو لم يحن وقت العمل به؛ وألا يقيد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة؛ وألا يعاقب على الفعل الواحد أكثر من مرة؛ وألا يفرض عقوبة من شأنها الحط من قدر الإنسان سواء بالنظر إلى قصورها أو إلى منافاتها للقيم الخلقية؛ وألا يحدد عقوبة الجريمة بما يفقدها تماسكها معها، وألا يخل كذلك بحق الدفاع، أو يؤثر بوجه عام في الشروط الموضوعية والإجرائية التي تتوافر بها لكل محاكمة منصفة، متطلباتها حتى لا تختل موازينها<sup>(١)</sup>.

فإذا أغفل المشرع في دثرة الجريمة والعقاب، شيئا مما تقدم، أخل هذا القانون بنطاق الضمانة التي أحاط بها الدستور الحرية الشخصية التي ارتقى بها إلى حد وصفها بأنها من الحقوق الطبيعية، وصار ذلك القانون بالتالي مخالفا للدستور، وباطلا<sup>(٢)</sup>.

†

(١) ولاحظ أن بعض الحقيقت -كعقوبة الإعدام- تنظم خاص بالنظر إلى خطورتها، كأن يصدر الحكم بفرضها بالإجماع، وبعد التحقيق من عدم توافر ظرف بقرن الجريمة ويخفف عقوبتها، وبشرط أن يصدر الحكم بتوقيعها في إطار من الضمانات القضائية الكاملة، ولأن يعرض هذا الحكم على محكمة الطعن بقوة القانون، فإذا سما المشرع عن شيء مما تقدم، كان ذلك إغفالا مخالفا للدستور.

(٢) يفترض هنا الإغفال، أن يكون الدستور قد سكت عن إيراد النصوص القانونية التي تمنع تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة، ذلك أن إيراد هذه النصوص فيه، يعني بداهة عن إيجاب اشتمال القانون المنظم للحرية الشخصية، عليها.

٩٦١- وما ينص عليه الدستور من أن الأسرة هي الوحدة الأولى والأساسية في بنيان الجماعة، يفترض ضمان الدستور للحق في تكوينها؛ ولحق كل شخص في أن يختار بزوجته الحرة الطرف الآخر في العلاقة الزوجية، وفي أن يتخذ ولداً؛ وأن يلحق أبناءه بالمعاهد التعليمية التي يراها أوفى لقدراتهم؛ وللحق في تربيتهم خلقياً ودينياً؛ ولحق في ضمان ترابط الأسرة وتماسكها على امتداد مراحل بقائها؛ وللحق في التنازل إلى الوسائل الملائمة لإعالتها. فإذا نقض قانون أحد هذه الحقوق، أو لم يحل بضمائها، صار هذا القانون مخالفاً للدستور، سواء فيما نص عليه أو فيما أغفله.

٩٦٢- وما ينص عليه الدستور من ضمان حرية التعبير، يفترض ألا تعاق وسائل مباشرة، وأن تتحدد طرائق التعبير؛ وأن تكون الآفاق المفتوحة هي نافذتها؛ وألا تكون الحدود الإقليمية حاجزاً يحول دونها؛ وأن تقتصر بالحق في نشر الآراء على اختلافها؛ وبالحق في انتقاد القائمين بالعمل العام ولو كان مريباً؛ وبالحق في الحصول على المعلومات من كافة روافدها، وفي مقابلة الآراء ببعضها؛ وفي ألا تصدر الرسالة التعبيرية بالنظر إلى مضمونها ولا على ضوء صفة من يفصحون عنها أو يتلقونها أو يروجونها؛ وفي ألا يكون الإعلام قائماً على الاحتكار، وإنما ينبغي أن تكون سوقه مفتوحة لمن يريد أن يطرقها. فإذا نقض قانون هذه الأبعاد المختلفة لحرية التعبير أو حط من بعضها أو أحبط أثرها، أو أهمل تقرير بعض جوانبها، كان هذا القانون باطلاً ومخالفاً للدستور سواء فيما انتقص به من ضماناتها أو ما أغفل تقريره من الحدود اللازمة لتفعيلها.

٩٦٣- تلك صور مختلفة لقصور المشرع في تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحيرياتهم، سواء في ذلك تلك التي كفلها الدستور أو التي قررها المشرع في حدود سلطته التقديرية. وجميعها تؤكد أن حقوق المواطنين وحيرياتهم لا يجوز تنظيمها بما لا يحيط بها. فذلك عدوان عليها وإمتهان لها لا يعطيها القيمة الحقيقية التي تكفل فعاليتها.

٩٦٤- وما نقرره في هذا المقام ليس منطبقاً بحكم العقل، وإنما هو تفعيل لكل ضمانة كفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي نص عليها.

فلا تتفصل هذه الضمانة عن الحقوق التي تتصل بها، وإنما تحيط بها من كل جوانبها، انتظماً لها فرائض وجودها، وما يكفل لهذه الحقوق متطلباتها، فلا تهيم في فراغ، ولا تتعبد أو تتخلص الفائدة العملية المرجوة منها، وكان منطقياً بالتالي أن تتدخل المحكمة الدستورية العليا

في كثير من أحكامها<sup>(١)</sup> لتؤكد أن الحماية الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم، لازمة إن يحيط المشروع -في تنظيمه لها- بكافة جوانبها. فإذا كان تنظيمه لها قاصراً سواء في جوهر مقوماتها أو في بعض أطرافها، أخل هذا للقصور -في الحالتين- بالحماية الواجبة لها، وبالصورة التي كان ينبغي أن تكون عليها. فلا يكون هذا القصور سواء أصابها في نواتها Nucleus<sup>(٢)</sup> أو في بعض جوانبها، غير إخلال جسيم بها تفقد به تكاملها وترابط أجزائها.

وكما يبطل كل نص قانوني جاوز به المشروع حدود الدستور سواء في أوامره أو نواهيه، فإن الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي -أو رقابة الإغفال- هي التي تحصل المشروع على أن يكون تنظيمه لحقوق المواطنين وحرياتهم في الصورة الأولى لها، فلا تقعد عاجزة عن تحقيق رسالتها، ولا يصيبها وه من جراء تنظيم غير متكامل لا يطوق كل أقطارها.

(١) أنظر في ذلك القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٩٨ قضائية -دستورية- الصادر حكمها عن المحكمة الدستورية العليا بجلستها المعقودة في ١٩٨٨/٣/٧. فقد قضى منطوق هذا الحكم، بحكم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣، وذلك فيما لم يتضمنه من وجوب سماع أقوال عضو هذه الهيئة في مرحلة التحقيق. وقام قضاء المحكمة في ذلك، على أن إخلال أحد أعضاء هيئة قضايا الدولة بالثقة والاعتبار الواجبين فيه، أو بواجبات وظيفته ومقتضياتها، يعتبر ذنباً إدارياً مؤخذاً عليه قانوناً. وإسناده إليه ينبغي أن يكون مسبوقاً بتحقيق متكامل لا يقتصر على بعض عناصر الاتهام، بل يحيط بها جميعها، ويحصص أدلتها مع ضمان القرص الكافية التي يقتضيها سماح أقوال العضو المحال إلى التحقيق، فلا يكون التحقيق مبشراً أو مجرداً من ضمان موضوعية، بل وإثباتاً أميناً. وهذه الحيثية التي قام عليها قضاء الحكم المتقدم، تدل على أن إغفال المشروع تقرير ضمانات كلها الدستور، يصح بالإعلان للنصوص القانونية التي انتقص بها من متطلبات هذه الضمانة. هذا وقد نشر هذا الحكم في ص ١٠٣، وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة، بعد أن سقط سهواً من الجزء الثامن من هذه المجموعة.

(٢) نواه الحق شبيهه ببيرة الضوء التي يروى وجود الحق بانطفائها.

١	تقديم	
٨	الرقابة القضائية على التشريعية الدستورية	
٨	تمهيد	
	﴿ الكتاب الأول ﴾	
٧٠	الأسس العامة للرقابة على التشريعية الدستورية	
	*** الباب الأول ***	
٧٠	الخطوط الرئيسية للرقابة القضائية على الدستورية	
	• الفصل الأول •	
٧٠	الرقابة القضائية على الدستورية: مرجعيتها	
	• الفصل الثاني •	
٧٦	الرقابة القضائية على الدستورية وتطوير الدستور	
	• الفصل الثالث •	
٨٤	بين تطوير نصوص الدستور، وملء الفراغ فيها	
٨٥	: أصل تركز إليه الفروع التي يجمعها.	• المبحث الأول
٩٠	: فروع يجمعها أصل واحد.	• المبحث الثاني
٩٢	: نصوص في الدستور ترشح لحقوق لائس عليها فيه.	• المبحث الثالث
	• الفصل الرابع •	
٩٤	الرقابة القضائية على الدستورية: ضرورتها	
	• الفصل الخامس •	
١١١	الرقابة القضائية على الدستورية: مقترضاها	
١١٠	: الخلفية اللازمة للرقابة على الدستورية.	• المبحث الأول
١١١	: الدول الشمولية.	- المطلب الأول
١١٢	: الدول السلطوية.	- المطلب الثاني
١١٤	: أثر مفاهيم السوق على التحول للديموقراطي.	- المطلب الثالث
١١٤	: النظم الديموقراطية هي الخلفية الضرورية للرقابة على الدستورية.	- المطلب الرابع
١١٦	: نقطة البداية التي تنطلق منها الرقابة القضائية على دستورية القوانين	• المبحث الثاني

- ١٢٢ : الإطار الذي تعمل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية. **• المبحث الثالث**
- ١٣٧ : نهاية أحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية. **• المبحث الرابع**
- **الفصل السادس** •
- ١٤٩ : الرقابة القضائية على الدستورية: ومبطلها الفنية **• المبحث الثالث**
- **الفصل السابع** •
- ١٦٥ : الرقابة القضائية على الدستورية: المطاعن التي تتعلق بها **• المبحث الرابع**
- ١٦٥ : خصائص القواعد التي يتطلبها الدستور. **• المبحث الأول**
- ١٦٦ : الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية. **• المبحث الثاني**
- ١٦٩ : ضوابط تطبيق الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية. **• المبحث الثالث**
- ١٧١ : النصوص القانونية من جهة عيوبها الموضوعية. **• المبحث الرابع**
- ١٧٤ : الحجة المطلقة لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن مخالفة النصوص القانونية للدستور شكلاً وموضوعاً. **• المبحث الخامس**
- **الفصل الثامن** •
- ١٧٥ : الرقابة القضائية على الدستورية: موجهاتها **• المبحث الأول**
- ١٧٦ : السوابق القضائية. **• المبحث الثاني**
- ١٧٩ : مقاصد أباء الدستور. **• المبحث الثالث**
- ١٨٢ : القانون الطبيعي. **• المبحث الرابع**
- ١٨٥ : التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم. **• المبحث الخامس**
- ١٨٧ : المصادر الحرفية. **• المبحث السادس**
- ١٨٨ : دروس التاريخ ومعطيات القانون العام. **• المبحث السابع**
- ١٩٠ : القيم الخلقية للجماعة الناجمة من ثقافتها. **• المبحث الثامن**
- ١٩٣ : الخبرة العريضة للقضاة وفلسفتهم. **• المبحث التاسع**
- ١٩٦ : حقائق من الاقتصاد وعلم الاجتماع وغيره من العلوم. **• المبحث العاشر**
- ١٩٨ : الاهتمام بالآثار التي يحدثها قرار جهة الرقابة على مجتمعها. **• المبحث الحادي عشر**
- ٢٠٠ : نصوص الدستور في لغتها وتربيها. **• الفصل التاسع** •
- ٢٠٢ : بين مركزية الرقابة القضائية على الدستورية وتشعباتها **• المبحث الأول**
- ٢٠٢ : الخلفية التاريخية للدساتير المصرية. **• المبحث الثاني**
- ٢٠٥ : الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين القبول بها وإنكارها. **• المبحث الثالث**
- ٢٠٩ : رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور **• المبحث الرابع**
- ٢١٠ : إنشاء المحكمة العليا كجهة قضائية تتركز فيها الرقابة على الدستورية. **• المبحث الخامس**
- ٢١١ : ميساط ولاية المحكمة العليا على التشريعات جميعها **• المبحث السادس**
- ٢١٢ : مبرر - محكمة الطير - : تتقدم

- ٢١٤ : إرساء الرقابة القضائية على قواعد الدستور. • المبحث السابع
- ٢١٥ : خصائص بيتان المحكمة الدستورية العليا. • المبحث الثامن
- ٢١٨ : تعيين دور كل من المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا. • المبحث التاسع
- ٢٢٠ : موقع المحكمة الدستورية العليا من النظامين الأوربي والأمريكي للرقابة على دستورية القوانين. • المبحث العاشر
- الفصل العاشر •
- ٢٢٣ : الرقابة القضائية على الدستورية وصلتها بفروع القانون
- ٢٢٣ : الرقابة القضائية على الدستورية تتناول فروع القانون جميعها، والنصوص القانونية كافة. • المبحث الأول
- ٢٢٦ : الرقابة القضائية على الدستورية في مجال القانون الجنائي الموضوعي. • المبحث الثاني
- ٢٢٦ : المنظور العام للقانون الجنائي الموضوعي. - المطلب الأول
- ٢٢٧ : غرض النصوص الجنائية وتسيبها. - المطلب الثاني
- ٢٢٩ : ضوابط دستورية العقوبة. - المطلب الثالث
- ٢٣٨ : في الجريمة الصدية وغير الصدية. - المطلب الرابع
- ٢٤٢ : في رجعية القانون الأصلح للمتهم. - المطلب الخامس
- ٢٤٦ : الرقابة الدستورية في مجال القانون الجنائي الإجرائي. • المبحث الثالث
- ٢٤٦ : ضوابط المحاكمة المنصفة وخصائصها. - المطلب الأول
- ٢٥١ : أصل البراءة. - المطلب الثاني
- ٢٥١ : افتراض براءة المتهم، من خصائص النظام الاتهامي. • الفرع الأول
- ٢٥٣ : تفسير النصوص العقابية في لطلق أصل البراءة. • الفرع الثاني
- ٢٥٣ : أحوال لا يجوز أن ينتفى فيها أصل البراءة. • الفرع الثالث
- ٢٥٦ : الطبيعة القانونية لأصل البراءة. • الفرع الرابع
- ٢٥٧ : ضوابط التحقيق والفصل في الاتهام الجنائي. - المطلب الثالث
- ٢٦٣ : الرقابة على الدستورية في مجال القانون المالي. • المبحث الرابع
- ٢٦٣ : الضريبة أهم روائد القانون المالي. - المطلب الأول
- ٢٦٤ : طبيعة القوانين الضريبية. - المطلب الثاني
- ٢٦٥ : قانون الضريبة. - المطلب الثالث
- ٢٦٧ : التمييز بين الضريبة العامة وغيرها من الأعباء المالية. • الفرع الأول
- ٢٦٩ : خضوع الأعباء المالية جميعها لضوابط الحالة الاجتماعية. • الفرع الثاني
- ٢٧٠ : حقيقة للضريبة العامة وصحيح تكييفها. • الفرع الثالث
- ٢٧١ : الضريبة من جهة أثارها الأصلية والعرضية. • الفرع الرابع
- ٢٧٢ : الضريبة والاستثمار. • الفرع الخامس
- ٢٧٣ : الملتزمون بالضريبة والممولون عنها. • الفرع السادس
- ٢٧٤ : أدلها.

٢٧٥	: رجعتها.	• الفرع الثامن
٢٧٦	: مدى جواز اقتضاء الضريبة قبل نشر القانون المتعلق بها.	• الفرع التاسع
٢٧٧	: للتوقيض في فرضها.	• الفرع العاشر
٢٧٨	: أوجه إنفاذها.	• الفرع الحادي عشر
٢٨٠	: الضريبة والزكاة.	• الفرع الثاني عشر
٢٨٠	: ربط الضريبة بالمحل كأصل علم.	• الفرع الثالث عشر
٢٨٢	: الحالة الاجتماعية كتدبير الضريبة وغيرها من الأعباء المالية.	• الفرع الرابع عشر
٢٨٤	: دستوريته.	• الفرع الخامس عشر
٢٩٨	: الجريمة الضريبية.	• الفرع السادس عشر
٣٠٢	: الرقابة على الدستورية في مجال القانون الإداري.	• المبحث الخامس
٣٠٢	: مباشرة الإدارة لسلطتها للاتحجية.	- المطلب الأول
٣٠٢	: للوائح التنفيذية.	• الفرع الأول
٣٠٣	: للوائح التوضيحية.	• الفرع الثاني
٣٠٤	: لوائح الضرورة.	• الفرع الثالث
٣٠٦	: نطق سريان اللوائح وأثره على الشرعية الدستورية.	- المطلب الثاني
٣٠٦	: القواعد التنظيمية وحدها هي التي تجوز مراقبتها دستوريا.	• الفرع الأول
٣٠٨	: امتناع تحسين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية.	• الفرع الثاني
٣١٠	: سلطة الإدارة في إنشاء وتسيير المرافق العامة.	- المطلب الثالث
٣١٠	: المرافق العامة من حيث ماهيتها.	• الفرع الأول
٣١٢	: سلطة المرافق العامة في توقيع الحجز الإداري لاقتضاء حقوقها.	• الفرع الثاني
٣١٣	: جواز الحجز على أموال المرافق العامة.	• الفرع الثالث
٣١٥	: لل عقود الإدارية وصلتها بإدارة وتسيير المرافق العامة.	• الفرع الرابع
٣١٦	: عمال المرافق العامة.	• الفرع الخامس
٣٢٩	: اتصال الرقابة القضائية على الدستورية بتطبيق قواعد القانون الدولي العام.	• المبحث السادس
٣٣١	: المعاهدة الدولية جوهر قواعد القانون الدولي العام.	- المطلب الأول
٣٣١	: المعاهدة الدولية - مفهوم.	• الفرع الأول
٣٣٢	: المعاهدة الدولية - قوتها الملزمة وضوابط تفسيرها.	• الفرع الثاني
٣٣٣	: المعاهدة الدولية - مرتبتها.	• الفرع الثالث
٣٣٣	: المعاهدة الدولية - الرقابة على دستوريته.	• الفرع الرابع
٣٣٤	: المعاهدة الدولية - التحفظ عليها، والانسحاب منها.	• الفرع الخامس
٣٣٥	: المعاهدة الدولية - صلتها بالأعمال السياسية.	• الفرع السادس
٣٣٦	: للمعاهدة الدولية - تنفيذها.	• الفرع السابع
٣٣٧	: المعاهدة الدولية - وحدها ونجزتها.	• الفرع الثامن
٣٣٨	: المعاهدة الدولية - حرية تعيير	• الفرع التاسع

- ٣٣٩ : حقوق غير المواطنين في حمدا الأدنى وصلتها بقواعد القانون الدولي العام.
- ٣٤٥ : قواعد القانون الخاص وأثر الرقابة على الدستورية في تشكيلها وبيان مضمونها.
- ٣٤٦ : حق الملكية.
- ٣٤٦ : مفهومها.
- ٣٤٦ : جذورها.
- ٣٤٧ : أهميتها.
- ٣٤٧ : القيود عليها.
- ٣٤٩ : منافتها للشرعية.
- ٣٥٠ : سقوط الحق فيها.
- ٣٥٠ : فرض الحراسة عليها.
- ٣٥٢ : حرية التعاقد.
- ٣٥٧ : حق العمل.
- ٣٥٧ : خصائص هذا الحق.
- ٣٦٠ : الشروط الموضوعية للحق في العمل.
- ٣٦١ : الآثار القانونية للمرتبة على الحق في العمل.
- ٣٦٢ : الحمل على العمل.
- ٣٦٢ : الحق في الأجر العادل.
- ٣٦٤ : القيود على الحق في العمل.
- ٣٦٦ : الحرية النقابية لعمال القطاع الخاص.
- ٣٧١ : حق الحصول على العمل.
- ٣٧٣ : معاش العامل ليس بديلا عن أجره.
- ٣٧٤ : حماية صحة العامل وأمنه الاجتماعي.
- ٣٧٤ : حقيقة ونطاق حق العمال في المكاسب الاشتراكية.
- ٣٧٦ : قانون الأحوال الشخصية.
- ٣٧٩ : نطق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور.
- ٣٧٩ : انفتاح الاجتهاد في المسائل الشرعية الخلاكية.
- ٣٨٠ : حق ولي الأمر في الاجتهاد.
- ٣٨١ : حضنة الصغير.
- ٣٨٢ : في مسائل الولاية من النفس.
- ٣٨٤ : الفصل الحادي عشر.
- ٣٨٤ : الرقابة القضائية على الدستورية
- ٣٨٤ : القواعد الكلية التي تحكمها.
- ٤٠٣ : الفصل الثاني عشر.
- ٤٠٣ : الرقابة القضائية على الدستورية، وأشكال الصراع في الدولة
- ٤٠٣ : صور الصراع على السلطة والحقوق.
- المطالب الثاني
- المهدى السابع
- المطالب الأول
- الفرع الأول
- الفرع الثاني
- الفرع الثالث
- الفرع الرابع
- الفرع الخامس
- الفرع السادس
- الفرع السابع
- المطالب الثاني
- المطالب الثالث
- الفرع الأول
- الفرع الثاني
- الفرع الثالث
- الفرع الرابع
- الفرع الخامس
- الفرع التاسع
- الفرع العاشر
- الفرع الحادي عشر
- المطالب الرابع
- الفرع الأول
- الفرع الثاني
- الفرع الثالث
- الفرع الرابع
- الفرع الخامس
- المهدى الأول
- المهدى الأول

- ٤٠٨ : مزاييا تحويل النزاع السياسي إلى نزاع قانوني. • المبحث الثاني
- ٤١١ : الرافضون لطبع الحياة السياسية بال دستور. • المبحث الثالث
- ٤١٣ : القائلون بخضوع الحياة السياسية للدستور. • المبحث الرابع
- ٤١٥ : المزوجة بين السياسة والقانون في الحد من الصراع السياسي. • المبحث الخامس
- اتحدام الصراع السياسي في مصر. • المبحث السادس
- الفصل الثالث عشر •
- ٤٢١ الرقابة القضائية على الدستورية وعلاقتها بالديموقراطية
- ٤٢١ : السلطة المقيدة كضمان نهائي للحرية. • المبحث الأول
- ٤٢٢ : الديمقراطية إطار عام لحقوق المواطنين وحريتهم ووعاء للدستور. • المبحث الثاني
- ٤٢٧ : انهيار مفاهيم ديموقراطية التمثيلية، وسقوط مبرراتها. • المبحث الثالث
- ٤٢٩ : دور جهة الرقابة على الدستورية في تحقيق الديمقراطية. • المبحث الرابع
- ٤٣٤ : تقييم عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية. • المبحث الخامس
- ٤٣٩ : أثر المفاهيم الديمقراطية على المحكمة الدستورية العليا. • المبحث السادس
- الفصل الرابع عشر •
- ٤٤١ الرقابة القضائية على الدستورية وتنوع مصادرها
- ٤٤١ : تنوع مصادر الشرعية للدستورية. • المبحث الأول
- ٤٤٤ : التوفيق بين مصادر الشرعية للدستورية حال تعارضها. • المبحث الثاني
- ٤٤٧ : تعارض الوثائق الدستورية لا تناهزها. • المبحث الثالث
- الفصل الخامس عشر •
- ٤٥٢ الرقابة القضائية على الدستورية في حدودها الداخلية والخارجية
- ٤٥٢ : مناطق رقابة القضائية للحدود الخارجية للنصوص القانونية. • المبحث الأول
- ٤٥٦ : الرقابة القضائية للحدود الداخلية للنصوص القانونية. • المبحث الثاني
- ٤٦٠ : نظرية خطأ الظاهر. • المبحث الثالث
- الفصل السادس عشر •
- ٤٦٦ الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين توسيعها وتضييقها
- ٤٦٦ : مضمون الحماية الحقيقية للدستور. • المبحث الأول
- ٤٧٢ : المراجعة القضائية للقوانين هي الطريق الأفضل لحماية الحقوق. • المبحث الثاني
- الفصل السابع عشر •
- ٤٧٧ المراجعة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية
- ٤٧٧ : حظر هذه الرقابة في فرنسا. • المبحث الأول
- ٤٨٠ : الرافضون للفصل في دستورية القوانين الاستثنائية. - المطلب الأول
- ٤٨١ : المؤيدون للرقابة القضائية على القوانين الاستثنائية. - المطلب الثاني
- ٤٨٣ : موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من القوانين الاستثنائية. - المطلب الثالث

٤٨٤	• الفصل الثامن عشر • الرقابة القضائية على دستورية القوانين	
٤٩٣	• الفصل التاسع عشر • أبعاد الرقابة القضائية على دستورية القوانين	
٤٩٧	: صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا.	• المبحث الأول
٤٩٧	: الرقابة القضائية المحدودة السابقة على صور القانون.	- المطلب الأول
٤٩٧	: الرقابة القضائية السابقة والوجوبية على القوانين العضوية.	• الفرع الأول
٥٠٠	: الرقابة القضائية السابقة والاختيارية على القوانين العادية قبل إصدارها.	• الفرع الثاني
٥٠٤	: خصائص الرقابة القضائية السابقة على القوانين في فرنسا.	• المبحث الثاني
٥١٠	: الرقابة القضائية على دستورية اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها.	• المبحث الثالث
٥١٣	: الرقابة القضائية على صحة العضوية البرلمانية.	• المبحث الرابع
٥٢١	: الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات لدولة.	• المبحث الخامس
٥٢٦	: الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري.	• المبحث السادس
٥٢٦	: القائلون بالطبيعة القضائية لنشاط المجلس.	- المطلب الأول
٥٢٧	: القائلون بالطبيعة السياسية لنشاط المجلس.	- المطلب الثاني
٥٣٠	: ترجيح الطبيعة القانونية لنشاط المجلس على طبيعته السياسية.	- المطلب الثالث
٥٣١	: ماذا كان يراد بالمجلس الدستوري الفرنسي ودرجة التطور التي بلغها.	- المطلب الرابع
٥٣٧	: لا مكان للرقابة اللاحقة حتى اليوم في فرنسا.	• المبحث السابع
٥٤٣	• الفصل العشرين • الرقابة القضائية اللاحقة أو القاسمة	
٥٤٩	• الفصل الحادي والعشرون • الرقابة القضائية على الدستورية في صورتها المجردة	
٥٥٤	• الفصل الثاني والعشرون • الرقابة القضائية على الدستورية في مصر	
٥٧٣	• الفصل الثالث والعشرون • الطريق إلى الديمقراطية في مصر والشرعية الدستورية	
٥٧٣	: فرائض الديمقراطية.	• المبحث الأول
٥٧٥	: التحدية.	• المبحث الثاني
٥٧٥	: التحدية مخذل للديمقراطية وضرورة التتقدم.	- المطلب الأول
٥٧٨	: التحدية قيمة دستورية.	- المطلب الثاني
٥٨٠	: تنطق التحدية بصور نشاط الإنسان على اختلافها.	- المطلب الثالث
٥٨١	: ضرورة اللزول على التتبع التي تطو الدستور.	• المبحث الثالث
٥٨٦	: الحق في الحرية والمساواة كقيمتين تطوان الدستور.	• المبحث الرابع
٥٨٨	: كرامة الإنسان كقيمة عليا بوصفها أصل لكل حقوقه وحرياته.	• المبحث الخامس
٥٨٩	: حق الملكية كقيمة عليا.	• المبحث السادس

٥٩٠	: تقييم عام للقيم التي تطو الديمقراطيات	• المبحث السابع
٥٩٦	: ضمان تكوين هيئة الناخبين وفقاً للدستور	• المبحث الثامن
٦٠٠	: التدخل إلى حق الاقتراع	- - - - -
٦٠١	: القيود على حق الاقتراع	• الفرع الأول
٦٠٢	: خصائص حق الاقتراع	• الفرع الثاني
٦٠٣	: ضوابط مباشرة حق الاقتراع	• الفرع الثالث
٦٠٤	: إشراف الهيئات القضائية على حق الاقتراع	• الفرع الرابع
٦١٠	: ضمان مصداقية العملية الانتخابية	- - - - -
٦١٦	: الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين، ضمان حاسم لحقوق المواطنين وحرياتهم	• المبحث التاسع
٦١٦	: لوائح تطبيق الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها	- - - - -
٦١٨	: الحجب الكاملة في الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها	- - - - -
٦٢١	: امتناع تولي أعضاء السلطة التشريعية أعمالاً تتناقض بطبيعة عضويتهم بها وتفرغهم لها	• المبحث العاشر
٦٢٥	: ضرورة فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية	- - - - -
٦٢٧	: حدود الحصانة البرلمانية	- - - - -
٦٣٤	: حصر نطاق التفويض التشريعي في أضيق الحدود	• المبحث الحادي عشر
٦٣٥	: شروط جواز التفويض	- - - - -
٦٣٧	: صور التفويض	- - - - -
٦٤٤	: التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية	• الفرع الأول
٦٥٢	: التفويض في غير الضرورة الاستثنائية	• الفرع الثاني
	♦♦ الفصل الرابع والعشرون ♦♦	
٦٥٦	: شروط الفصل في دستورية النصوص القانونية	
٦٥٨	: خصائص الخصومة الدستورية	• المبحث الأول
٦٦٠	: الخصومة المختلفة بالتكبير والنوازل	• المبحث الثاني
٦٦٢	: الخصومة المقيمة	• المبحث الثالث
٦٦٨	: الخصومة للفرضية أو المجردة	• المبحث الرابع
٦٧١	: الخصومة التي لم يكتمل نضجها	• المبحث الخامس
٦٨١	: انتفاء مفهوم الخصومة في مجال الآراء الاستشارية	• المبحث السادس
٦٨٥	: امتناع الفصل في خصومة لم تستكمل بياناتها	• المبحث السابع
٦٩٠	: امتناع النظر في خصومة دستورية لم تتصل بالجهة القضائية التي تفصل فيها وفقاً للكؤاضع المنصوص عليها في قانونها	• المبحث الثامن
٦٩٧	: طرائق الرقابة على السرعة الدستورية التي لا يعرفها قانون المحكمة الدستورية العليا	• المبحث التاسع

- ٦٩٧ - المطلب الأول : الدعوى الأصلية بحكم الدستورية
- ٧٠٠ - المطلب الثاني : الأمر المتعلقة بإنهاء الاحتجاز غير المشروع للبدن
- ٧٠٥ - المطلب الثالث : الأمر للوقاية
- ٧٠٥ - المطلب الرابع : الأحكام التقريرية
- ٧٠٩ • المبحث الخامس : عدم جواز الفصل في خصومة دستورية لم تصدر المحكمة الأدنى قراراً نهائياً فيها
- ٧١٣ • المبحث السادس عشر : امتناع الفصل في خصومة دستورية لا تتوافر أركانها فيها مصلحة شخصية مباشرة
- ٧١٨ - المطلب الأول : عناصر المصلحة للشخصية المباشرة
- ٧٢٨ - المطلب الثاني : رابطة السببية بين النصوص للقانونية المدعى مخالفتها للدستور، وما لحق المدعى بسببها من أضرار تجوز تسويتها قضائياً
- ٧٣٢ - المطلب الثالث : الدفاع عن حقوق الآخرين
- ٧٣٩ - المطلب الرابع : مصلحة المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع
- ٧٤٦ • المبحث الثاني عشر : امتناع الفصل في خصومة لا تثير مسائل دستورية
- ٧٤٩ • المبحث الثالث عشر : امتناع خاصية النصوص للقانونية التي أفاد الطاعن من مزايهاها
- ٧٥١ • المبحث الرابع عشر : امتناع الفصل في خصومة نزل رافعها عن الحقوق التي يطلبها فيها
- ٧٥٣ • المبحث الخامس عشر : امتناع الفصل في المسائل السياسية بطبيعتها
- ٧٧٧ • المبحث السادس عشر : الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا
- ♦♦ الفصل الخامس والعشرون ♦♦
- ٧٨٩ الرقابة القضائية على الدستورية، والتفسير التشريعي للقانون
- ٧٨٩ • المبحث الأول : اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي
- ٧٩٢ • المبحث الثاني : الشروط الإجرائية والموضوعية للتفسير التشريعي وفق قانون المحكمة الدستورية العليا
- ٧٩٣ - المطلب الأول : الشروط الشكلية لطلب التفسير التشريعي
- ٧٩٣ - المطلب الثاني : الشروط الموضوعية لطلب التفسير التشريعي
- ٧٩٦ • المبحث الثالث : لا يجوز الفصل في دستورية النصوص القانونية من خلال تفسيرها تفسيراً تشريعياً
- ٧٩٨ • المبحث الرابع : طلب التفسير التشريعي ليس بخصومة قضائية
- ٨٠٠ • المبحث الخامس : طبيعة التفسير التشريعي وأثره
- ♦♦ الفصل السادس والعشرون ♦♦
- ٨٠١ الرقابة القضائية على الدستورية وإدارة الدولة لشؤونها الخارجية
- ٨٠١ • المبحث الأول : التداخل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في هذا النطاق
- ٨٠٥ • المبحث الثاني : بعض أحكام المعاهدات الدولية
- ٨٠٥ - المطلب الأول : دستورية المعاهدة الدولية

- ٨٠٧ : مبدأ فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية، وأثره على المعاهدة
- ٨٠٩ : التفويض على المعاهدة الدولية
- ٨١٠ : تفسير المعاهدة الدولية
- ٨١٥ : العلاقة بين المعاهدة والقانون
- ٨١٨ : المعاهدة الدولية والتفويض للبرلماني
- ٨١٩ : المعاهدة الدولية ونظرية الأصل السياسية
- ٨٢١ : إنهاء للمعاهدة
- ٨٢٤ : المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية
- ٨٢٥ : الانتفاقات الدولية وشروط تطبيقها في القانون الداخلي، وعلاقة الدستور بها
- ٨٣١ : ضوابط دستورية المعاهدة الدولية في قضاء المحكمة الدستورية العليا
- • الفصل السابع والعشرون • •
- ٨٣٥ : حدود سمو الدستور
- ٨٣٥ : تعديل الدستور
- ٨٣٦ : القيود المتعلقة بزمان ونوع التعديل
- ٨٣٨ : القيود المتعلقة بموضوع التعديل
- ٨٣٩ : التكتيس على الدستور
- ٨٤٠ : الثورة على الدستور والثورة على الثورة
- • الفصل الثامن والعشرون • •
- ٨٤١ : الرقابة القضائية على دستورية القوانين المكملة للدستور
- ٨٤١ : الشكليات الإضافية المنصوص عليها في المادة (١٩٥) من الدستور
- ٨٤٥ : التمييز بين القوانين المكملة للدستور والقوانين المضوية
- • الفصل التاسع والعشرون • •
- ٨٤٩ : الرقابة على الدستورية وضمان حرية التعاقد
- ٨٤٩ : حرية التعاقد بوجه عام
- ٨٥٨ : قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن حرية التعاقد
- \*\*\* الباب الثاني \*\*\*
- ٨٧١ : الشرعية الدستورية في الظروف والأوضاع الاستثنائية
- • الفصل الأول • •
- ٨٧١ : الدولة وأزماتها الخطيرة
- ٨٧١ : طبيعة الأوضاع الاستثنائية في إطار نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي
- ٨٧٦ : قصور الجوانب الفنية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي
- ٨٧٦ : كيفية إنقاذ حكمها
- ٨٧٨ : حقيقة التدابير التي يجوز اتخاذها على ضوء نص المادة ١٦ من الدستور
- الفرنسي
- ٨٨٠ : زمن بقاء الأوضاع الاستثنائية أو للتدابير التي تتصل بها
- المطلوب الثاني
- المطلوب الثالث
- المطلوب الرابع
- المطلوب الخامس
- المطلوب السادس
- المطلوب السابع
- المطلوب الثامن
- المطلوب التاسع
- المطلوب العاشر
- المبحث الأول
- المبحث الثاني
- المبحث الثالث
- المبحث الأول
- المبحث الثاني
- المبحث الأول
- المبحث الثاني
- المبحث الأول
- المبحث الثاني
- المبحث الثالث

٨٨٧	: دور البرلمان لإن تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	• المبحث الثالث
٨٨٥	: تقييم نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي من جهة فائدتها ومخاطر تطبيقها	• المبحث الرابع
٨٨٩	: نص المادة ٧٤ من الدستور المصري وصلتها بقسم الشريعة في مداولها العليا • الفصل الثاني •	• المبحث الخامس
٩٠٠	السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية لإن الحكم العرفي	
٩٠٠	: علقها	• المبحث الأول
٩٠٥	: الحالة الطارئة من حيث مداما	• المبحث الثاني
٩٠٨	: الخطوط العريضة للحالة الطارئة	• المبحث الثالث
٩٠٨	: الأحكام العرفية في فرنسا	- المطلب الأول
٩١١	: حالة الطوارئ أو الاستعجال في مصر	- المطلب الثاني
٩١١	: أساسها من الدستور	• الفرع الأول
٩١٥	: موجهتها بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨	• الفرع الثاني
٩١٦	: انتهاء حالة الاستعجال	• الفرع الثالث
٩١٧	: خصائص التكبير التي يتخذها رئيس الجمهورية	• الفرع الرابع
٩١٩	: تقييم حالة الاستعجال	• الفرع الخامس
٩٢٦	: موقف القانون للمقرن من حالة الاستعجال	• الفرع السادس
٩٢٧	: اختصاص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يحلها إليها رئيس الجمهورية بعد إعلان حالة الطوارئ	• الفرع السابع
٩٢٩	: ضوابط الرقابة على الدستورية في حالة الخطر العام • الفصل الثالث •	• المبحث الرابع
٩٣١	سلطات الحرب الاستثنائية والرقابة على دستورها	
٩٣١	: خطورة الحرب والاختصاص بإعلانها	• المبحث الأول
٩٣٣	: التولجات التي تفرضها الحرب على الدولة	• المبحث الثاني
٩٣٥	: الآثار التي ترتبها الحرب على حقوق الأفراد	• المبحث الثالث
٩٤٤	: اختصاص رئيس الجمهورية في مواجهة الأعمال العدائية	• المبحث الرابع
٩٤٧	: تقييم وسائل مباشرة سلطة الحرب	• المبحث الخامس
٩٤٩	: مظاهر استعمال سلطة الحرب	• المبحث السادس
٩٥٣	: حقوق الأقاليم المحطة والأقاليم المضمومة	• المبحث السابع
٩٥٥	: بين إعلان الحرب وإعلانها	• المبحث الثامن
٩٥٨	: أموال الأعداء وغنم الحرب	• المبحث التاسع
٩٥٩	: تفويض رئيس الجمهورية في بعض مظاهر سلطة الحرب	• المبحث العاشر
٩٦٢	: إعلان الحكم العرفي	• المبحث الحادي عشر
٩٦٣	: الاعتراض على احتجاز البدن	• المبحث الثاني عشر

- ١٦٤ • المبحث الثالث عشر : الجرائم ضد الإنسانية وغيرها من جرائم الحرب  
• • الفصل الرابع • •
- ١٧١ الرقابة القضائية على دستورية محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية
- ١٧٣ : لحد الأدنى من الحقوق المقررة لكل فرد في مواجهة سلطة الاتهام
- ١٨٢ : الجهة المختصة بتحديد اختصاص المحاكم العسكرية
- ١٨٥ : قانون الأحكام العسكرية لقانون خاص
- ١٨٨ : نظرة عامة لقانون الأحكام العسكرية للصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦
- ١٨٩ : جلب المدنيين إلى المحاكم العسكرية
- ١٠٠ : المخاطبون بالنظم العسكرية
- ١٠٥ : خصائص النظم العسكرية وأهدافها
- ١٠٨ : علو السلطة المدنية على السلطة العسكرية
- ١٠١ : التطبيق العملي للنظم العسكرية
- ١١٥ : الجرائم العسكرية - ماهيتها
- ١١٨ • المبحث الحادي عشر : العاملون من أفراد القوات المسلحة في القواعد الأجنبية
- ١١٩ • المبحث الثاني عشر : صور من التحديد التشريعي في مصر للجرائم العسكرية
- ١٢٥ • المبحث الثالث عشر : تقييم قانون الأحكام العسكرية  
• • الباب الثالث • •
- ١٢٩ القوانين الجنائية وصلتها بالحق في الحياة وفي الحرية وفي الملكية  
• • الفصل الأول • •
- ١٢٩ الرقابة القضائية على دستورية القوانين الجنائية
- ١٢٩ : الضرورة الاجتماعية مناهج التجريم
- ١٣٣ : تطور القوانين الجنائية
- ١٣٥ : الجزاء الجنائي - من منظور عام
- ١٣٥ : مفهوم الجزاء الجنائي
- ١٣٦ : معايير لسوء العقوبة
- ١٣٧ : معايير لسوء العقوبة تصرف كذلك إلى طريقة تنفيذها
- ١٣٩ : صور من العقوبة القاسية
- ١٤٢ : المركز الخاص لعقوبة الإعدام
- ١٤٩ : الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة، وبين التقدير القضائي لها
- ١٥١ : معايير وضوابط الجزاء الجنائي
- ١٦٠ : مفهوم الجزاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا
- ١٦٧ : القوانين الجنائية وشرط الوسائل القانونية السليمة
- ١٦٩ : تكامل القانون الجنائي في جوانبه الموضوعية والإجرائية
- المبحث الأول
- المبحث الثاني
- المبحث الثالث
- المبحث الرابع
- المبحث الخامس
- المبحث السادس
- المبحث السابع
- المبحث الثامن
- المبحث التاسع

## ● الفصل الثاني ●

### قواعد لشرعية الجنائية

- ١٠٧٢ : لا جريمة بغير قانون
- ١٠٧٢ : المبدأ الأول
- ١٠٨٩ : حظر محاكمة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة الواحدة
- ١٠٨٩ : المبدأ الثاني
- ١٠٩٦ : في جواز أو حظر اللجوء إلى القرائن القانونية في المجال الجنائي
- ١٠٩٦ : المبدأ الثالث
- ١١٠٣ : قرائن قانونية مخالفة للدستور، وذلك لانتهاكها القصد الجنائي
- ١١٠٣ : - المطلب الأول
- ١١٠٣ : للنقص في عدد الطرود أو محتوياتها عما هو مدرج بشأنها في قائمة الشحن
- ١١٠٣ : • الفرع الأول
- ١١٠٥ : مناطق مسئولية الحائز للبضائع الأجنبية التي يتجر فيها مع العلم بتعريضها
- ١١٠٥ : • الفرع الثاني
- ١١٠٧ : مناطق مسئولية رئيس تحرير الصحيفة
- ١١٠٧ : • الفرع الثالث
- ١١١٢ : منط علم الموجر بالسند الصادر من نائبه أو أحد شركائه أو نائبهم في شأن عين
- ١١١٢ : • الفرع الرابع
- مؤجرة
- ١١١٤ : التمييز بين القرائن القانونية وإعمال المسئولية الجنائية بطريق التماس
- ١١١٤ : - المطلب الثاني
- ١١١٨ : قرائن قانونية مخالفة للدستور لخروجها على الأصل في الأشياء
- ١١١٨ : - المطلب الثالث
- ١١١٨ : مناطق مسئولية من يعرض للبيع شيئا فاسداً من أغذية الإنسان
- ١١١٨ : • فرع وحيد
- ١١١٩ : قرائن قانونية مخالفة للدستور لتعديها على الحق في المكية
- ١١١٩ : - المطلب الرابع
- الفصل الثالث ●
- ١١٢٤ : امتناع الإخلال بالحقوق التي كفلها الدستور للشبهوهين والمتهمين
- ١١٢٤ : • المبدأ الأول
- ١١٢٤ : ضمان الحق في الحصول على مشورة محام
- ١١٣٠ : فعالية المعونة التي يقدمها المحامي: شرط مشروعيتها
- ١١٣٠ : - المطلب الأول
- ١١٣٢ : وجوب سماع المتهم عن طريق محاميه
- ١١٣٢ : - المطلب الثاني
- ١١٣٣ : نطاق تطبيق ضمانات الدفاع
- ١١٣٣ : - المطلب الثالث
- ١١٣٥ : الأهمية الجوهرية لحق الدفاع
- ١١٣٥ : - المطلب الرابع
- ١١٣٦ : الآثار المترتبة على تعويق حق الدفاع
- ١١٣٦ : - المطلب الخامس
- ١١٣٧ : حقوق المحامين في مواجهة موكلهم
- ١١٣٧ : - المطلب السادس
- ١١٣٨ : حق الدفاع قائم في المرحلة الحرجة السابقة على الدعوى الجنائية
- ١١٣٨ : - المطلب السابع
- ١١٣٩ : البقطة الواجبة من المحامين في الدفاع عن مصالح موكلهم
- ١١٣٩ : - المطلب الثامن
- ١١٤٠ : السلة بين حق الدفاع وضمانة البق في التقاضي
- ١١٤٠ : - المطلب التاسع
- ١١٤١ : امتناع نزول المتهم بجنائية عن حق الدفاع
- ١١٤١ : - المطلب العاشر
- ١١٤٢ : لا يجوز التمييز في ضمانات الدفاع على أساس الثروة
- ١١٤٢ : - المطلب الحادي عشر
- ١١٤٣ : لا يجوز للولاية أن تخفى عن المتهم واقعة تقيده في محض التهمة
- ١١٤٣ : - المطلب الثاني عشر
- ١١٤٥ : الحق في الكفالة في المواد الجنائية
- ١١٤٥ : • المبدأ الثاني
- ١١٤٥ : مضمون هذه الكفالة وعملها
- ١١٤٥ : - المطلب الأول
- ١١٤٦ : بطلان المغالاة فيها
- ١١٤٦ : - المطلب الثاني
- ١١٤٩ : حظر حمل شخص على الشهادة بما ينهيه
- ١١٤٩ : • المبدأ الثالث
- ١١٤٩ : - المطلب الأول
- ١١٤٩ : مفهوم هذا الحظر

- **المطلب الثاني** : الأشخاص الذين يتمتعون بهذا الامتياز ١١٥٠
- **المطلب الثالث** : الجهات التي يجوز التمسك أمامها بهذا الحظر ١١٥١
- **المطلب الرابع** : التفاوض مع المتهم للإقرار بجريمة عقوبتها أكل، لا يناقض امتياز حظر الحمل ١١٥٥
- على الشهادة
- **المطلب الخامس** : نطق امتياز حظر الحمل على الشهادة ١١٥٦
- **المطلب السادس** : صور من التحقيق لا يشملها الامتياز ١١٥٨
- **المطلب السابع** : التمييز بين الشهادة المحظورة وغيرها ١١٥٩
- **المطلب الثامن** : مضمون الشهادة التي يحظر حمل المتهم على الإدلاء بها قهراً ١١٦٠
- **المطلب التاسع** : حظر الحمل على الشهادة لا يقوم في المواد المدنية ١١٦١
- **المطلب العاشر** : أهمية الامتياز ١١٦١
- **المطلب الحادي عشر** : المخاطر التي يثيرها امتياز الحمل على أداء الشهادة ١١٦٢
- ♦♦الفصل الرابع♦♦
- القيود التي يفرضها الدستور على القوانين الجنائية ١١٦٤
- ♦♦المبحث الأول♦♦ : نطاق هذه القيود من جهة مضمون القوانين الجنائية وما يتصل بها من صور ١١٦٤
- الجزاء
- ♦♦الفصل الخامس♦♦
- القوانين الجنائية من جهة لغتها وأسلوب تطبيقها ١١٧٨
- ♦♦المبحث الأول♦♦ : شرط الإخطار في القوانين الجنائية ١١٧٨
- **المطلب الأول** : القوانين الجنائية التي طال زمن للتخلي عنها ١١٧٨
- **المطلب الثاني** : القوانين الجنائية من جهة غموض معانيها ١١٧٩
- ♦♦الفصل السادس♦♦
- إجراءات ما قبل المحاكمة ١١٨٦
- ♦♦المبحث الأول♦♦ : تقييم علم لهذه الإجراءات ١١٨٦
- **المطلب الأول** : أهمية الاجراء في المواد الجنائية بوجه علم ١١٨٧
- **المطلب الثاني** : أهمية الاجراء في مرحلة ما قبل المحاكمة ١١٨٩
- **المطلب الثالث** : مضمون شرط الوسائل القانونية السلمية ١١٩٠
- ♦♦المبحث الثاني♦♦ : مدخل عام للقبض والتفتيش ١١٩٤
- **المطلب الأول** : استبعاد كل دليل يتأتى من مصدر غير مشروع ١١٩٥
- **المطلب الثاني** : شروط صحة التفتيش ١١٩٨
- **المطلب الثالث** : التمييز بين القبض على الأشخاص واستيقظاتهم ١٢٠٣
- **المطلب الرابع** : الطبيعة التنظيمية لبعض صور التفتيش ١٢٠٦
- **المطلب الخامس** : القبض أو التفتيش الذي يجريه شخص من أحد الناس ١٢٠٨
- **المطلب السادس** : القبض والتفتيش وفقاً لمستور مصر وقضاء المحكمة الدستورية العليا ١٢٠٨
- **المطلب السابع** : إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في حرمة الحياة الخاصة ١٢١٠
- **المطلب الثامن** : إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في التنقل ١٢٢٣

١٢٢٩	: الإيقاع بالآخرين	• المبحث الثالث
١٢٣٣	: إقرار المشبوهين بالجريمة	• المبحث الرابع
١٢٣٣	: طبيعة هذا الإقرار	- المطلب الأول
١٢٣٤	: بطلان كل إقرار بالجريمة ينتزع جبراً	- المطلب الثاني
١٢٣٥	: حضور المحامين مع المشبوهين ضرورة لا تغربط فيها	- المطلب الثالث
١٢٣٦	: تطور مفهوم الإقرار بالجريمة	- المطلب الرابع
١٢٤٠	: حقوق المشبوهين قبل بدء التحقيق	- المطلب الخامس
١٢٤١	: التحقيق في مرحلة الاحتجاز	- المطلب السادس
١٢٤٣	: جواز الاستثناء من ضوابط الإقرار بالجريمة	- المطلب السابع
١٢٤٤	: الحقوق التي لم تأت نظر المشبوه إليها	- المطلب الثامن
١٢٤٥	: آثار التحصيل غير المشروع على الدليل	- المطلب التاسع
	• الفصل السابع •	
١٢٤٩	المحاكمة الجنائية المنصلة	
١٢٤٩	: التدابير التي يجوز اتخاذها في مرحلة ما قبل المحاكمة	• المبحث الأول
١٢٥٣	: الإقراج قبل المحاكمة	• المبحث الثاني
١٢٥٩	: قرار الاتهام	• المبحث الثالث
١٢٦٣	: تقدير الأسس التي قام عليها قرار الاتهام	• المبحث الرابع
	• الفصل الثامن •	
١٢٦٧	المحاكمة المنصلة	
١٢٦٧	: صورتها الإجمالية	• المبحث الأول
١٢٧٣	: الحق في محاكمة سريعة	• المبحث الثاني
١٢٨٠	: الحق في محاكمة علنية	• المبحث الثالث
١٢٨٦	: دور المحامين في الدعوى الجنائية	• المبحث الرابع
١٢٨٩	: الحق في محاكمة يتوافر لقضائتها الاستقلال والحيادة الكاملان	• المبحث الخامس
١٢٩٥	: حق المواجهة	• المبحث السادس
١٣٠٤	: تشخيص الاتهام	• المبحث السابع
١٣٠٦	: الحق في إبطال الإقرار بالجريمة	• المبحث الثامن
١٣١٠	: صور أخرى للوسائل القانونية السليمة في إطار الاتهام الجنائي	• المبحث التاسع
	• الفصل التاسع •	
١٣١٢	: ضوابط تفسير النصوص الجنائية	
	• الفصل العاشر •	
١٣١٥	: الوسائل القانونية السليمة في غير نطاق الاتهام الجنائي	
	• الفصل الحادي عشر •	
١٣٢٢	: الحماية القانونية المتكافئة للحق في الحياة	

### \*\*\* الباب الرابع \*\*\*

- ١٣٢٩ الفقون أداة تنظيم الحقوق وقد يطوقها  
♦♦ الفصل الأول ♦♦
- ١٣٢٩ امتناع تجريم المصلح التي كفلها الدستور  
♦♦ الفصل الثاني ♦♦
- ١٣٣٦ الفقون أداة تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم  
♦♦ الفصل الثالث ♦♦
- ١٣٤٩ السلطة التشريعية بين التقدير والتقييد
- ١٣٤٩ : الاختصاص المطلق للبرلمان في تنظيم المسائل جميعها عدا تلك التي احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية
- ١٣٥١ : نطاق اختصاص السلطة التنفيذية
- ١٣٥٢ : نطاق سلطة التقدير التي يملكها البرلمان  
♦♦ الفصل الرابع ♦♦
- ١٣٥٨ الحقوق التي ينشئها مباشرة نص قانوني  
♦♦ الفصل الخامس ♦♦
- ١٣٦٤ الاستفتاء كطريق لضمان حقوق المواطنين وحرياتهم
- ١٣٦٧ : صور الاستفتاء بوجه عام
- ١٣٦٧ : صور الاستفتاء وفق دستور مصر لعام ١٩٧١
- ١٣٦٩ : التمييز بين الاستفتاء على موضوع محدد وبين الاستفتاء على شخص معين
- ١٣٧٠ : الجهة التي يجوز لها إجراء الاستفتاء
- ١٣٧١ : الأثر القانوني المترتبة على الاستفتاء
- ١٣٧٢ : شروط الاستفتاء
- ١٣٧٤ : في مدى خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية  
♦♦ الفصل السادس ♦♦
- ١٣٧٩ الإحراف في استعمال السلطة التشريعية
- ١٣٧٩ : المفهوم العام لسوء استعمال السلطة
- ١٣٨١ : الأغراض التي يستهدفها تشرع من النصوص القانونية
- ١٣٨٢ : التمييز بين مقاصد تشريعية لا تتعارض الدستور ومقاصد تشريعية تخالفه
- ١٣٨٧ : نحو بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة
- ١٣٨٩ : مخاطر النظر في سوء استعمال السلطة
- ١٣٩٢ : فقدان الخوض في أغراض النصوص القانونية أو بواعثها
- ١٣٩٥ : ضرورة الخوض في ميثاق الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة
- ١٣٩٧ : الطبيعة القصديرية والاحتياطية لعبع إساءة استعمال السلطة
- ١٤٠٠ : أغراض الدستور بين تعميمها وتخصيصها
- ١٤٠٣ : نمطه بير بسعد حسبر السلطة التشريعية نوظائفها، وبين الواقعة التي وجهها لتنظيم موضوع معين
- ♦ المبحث الأول
- المطلب الأول
- المطلب الثاني
- المطلب الثالث
- المطلب الرابع
- المطلب الخامس
- ♦ المبحث الثاني
- ♦ المبحث الأول
- ♦ المبحث الثاني
- ♦ المبحث الثالث
- ♦ المبحث الرابع
- ♦ المبحث الخامس
- ♦ المبحث السادس
- ♦ المبحث السابع
- ♦ المبحث الثامن
- ♦ المبحث التاسع
- ♦ المبحث العاشر

- ١٤٠٥ • المبحث الحادي عشر : خصائص سوء استعمال السلطة التشريعية
- ١٤٠٨ • المبحث الثاني عشر : إساءة استعمال السلطة بين التقدير والتقييد
- ١٤١٠ • المبحث الثالث عشر : إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية
- ١٤١٣ • المبحث الرابع عشر : الأهمية الحقيقية لجوب إساءة استعمال السلطة
- الفصل السابع •
- ١٤١٦ الرقابة الدستورية على إغفال المشرع تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحرياتهم



رقم الايداع : ٢٠٠٣/٩٥٦٦

الترقيم الدولي : 977-03-1176-6









CENTRE RENÉ JEAN DUBOIS POUR LE DROIT ET LE DÉVELOPPEMENT

# LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONALITÉ DANS SES ASPECTS FONDAMENTAUX

Bibliothèque Alexandrina



0431200



Le Constitutionnel Dr.

**AMIR EL-MORS**

Ancien Président de la  
Haute Cour Constitutionnelle